Digitized by Google

) Decis. 2 ᵐᵉ/14 Annalen

<36622861810012 S

<36622861810012

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google

Annalen

der

Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

In

Verbindung mit andern Rechtsgelehrten des Großherzogthums

herausgegeben

von

V. Bayer,

Oberhofgerichtsrath in Mannheim;

unter Mitwirkung

von

Dr. **Zentner**, Oberhofgerichtsrath in Mannheim, Dr. **Ant. Mayer**, Hofrath und Profeſſor in Freiburg, **Stempf**, Hofgerichtsrath in Mannheim und **Haager**, Hofgerichtsrath in Freiburg.

Vierzehnter Jahrgang.

Karlsruhe,

Druck und Verlag von Chriſtian Theodor Groos.

1846.

Digitized by Google

Digitized by Google

Register

zu den Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte von 1846.

Die Ziffern bezeichnen die Seiten.

Ablängnungseid, iſt er ein Haupt- oder Nebeneid? 36.
Aftererbeinſetzung, ſ. Nutznießung.
Allmend, ſ. Ehefrauen.
Anerkennung einer Dienſtbarkeit, ſ. Dienſtbarkeit.
Anerkennung einer mit Beſchlag belegten Forderung, ſ. Beſchlag.
Anklageprozeß wegen grober Beleidigung der Mitglieder des Staatsminiſteriums. 65. 121.
Anklageproceß wegen Majeſtätsbeleidigung. 138.
Anzeige. Iſt die Anweſenheit am Orte der That eine nahe oder entfernte? 286.
Appellation gegen ein Verſäumungserkenntniß. 166.
— — Wird die Appellation durch ein Verfallenerkenntniß ſelbſt dann ausgeſchloſſen, wenn das Urtheil noch nicht ordnungsmäßig verkündet war? 216.
Appellation im Vollſtreckungsverfahren, ſ. Zwangsverſteigerung.
Appellationsbeſchwerdeſchriften, Nachträge zu — 387.
Aufforderung zur Klage. 273.
Auftrag. Eine Belohnung für Beſorgung eines Auftrags kann auch ſtillſchweigend bedungen werden. 54.
Ausſteuer, Rechtsſtreit über eine — 120.
Beleidigung der Mitglieder des Staatsminiſteriums, Anklageprozeß hierwegen. 65. 121.
Benützung beſtimmter Haustheile, ſ. Wohnungsrecht.
Beſchlag. Muß die Anerkennung einer mit Beſchlag belegten Forderung auch den urſprünglichen Rechtstitel enthalten, wenn daraus gegen den anerkennenden Schuldner, bei dem der Beſchlag erkannt iſt, ein Klagrecht geltend gemacht werden will? 335.
Betrug. Bei Beſtrafung des Betrugs darf derjenige Betrag nicht mit eingerechnet werden, für welchen der Getäuſchte ſich Deckung verſchafft. 377.
Betrug und Irrthum, ſ. Irrthum.
Betrug und Urkundenfälſchung, Criminalrechtsfall. 233.
Beweiserkenntniſſe, bedingte. 201.
Beweisfriſt, Art. 7 der Proceß-Novelle. 160.
Beweisregeln, über die — der Strafproceßordnung §. 261—271. 149.
Brandſtiftung. Zur Auslegung des §. 66 des Strafedicts. 335.
Collegialurtheile, wie ſollen ſie zu Stande kommen? 209.
Collegialurtheile, im Allgemeinen und insbeſondere nach §. 243 der Strafproceßordnung. 153.
Competenz der Gerichte oder Verwaltungsſtellen bei Streitigkeiten über Erfüllung von Accorden zu öffentlichen Arbeiten. 95 400.
Competenzconflict zwiſchen Regierung und Hofgericht, die Aufſtellung eines Anwalts für eine Gemeinde durch die Staatsbehörde betreffend. 85.
Competenzconflicte zwiſchen Unterſuchungs-Gerichten, welche Behörde hat ſie zu entſcheiden? 192.
Conventionalſtrafe, iſt die bei Eheverlöbniſſen bedungene klagbar? 303.
Decrete, die verwerfenden — des gemeinen deutſchen und des badiſchen Proceßrechts. 313.
Diebſtahl der Nachtwächter und der zur Nachtwache berufenen Bürger. 89.
Diebſtahl. Zählt bei der Frage, ob ein dritter Diebſtahl vorliegt, ein früherer Raubfall gleich einem Diebſtahl? 355.
Dieneredict, deſſen Anwendung auf übernommene Staatsdiener. 13.
Dienſtbarkeit. Iſt zur vollen Beweiskraft des Anerkenntniſſes einer Dienſtbarkeit erforderlich, daß es den urſprünglichen Rechtstitel derſelben enthalte? 9.
Dienſtbarkeiten, der Erwerb unſtändiger durch Erſitzung. 370.
Ehen. Nach welchen Rechtsgrundſätzen ſind die Vermögensverhältniſſe jener Ehen zu beurtheilen, welche vor dem 1. Januar 1810 ohne Vertrag eingegangen und nachmals in der Gnadenfriſt bis zum 1. Januar 1812 ohne Vertrag fortgeſetzt worden ſind? 215.
Ehefrau. Findet gegen die Ertheilung oder Verſagung der gerichtlichen Ermächtigung einer — in den landrechtlich beſtimmten Fällen ein Rechtsmittel ſtatt? 155.

Digitized by Google

Ehefrau. In wie fern iſt der Mann berechtiget, bei Klagen für und wider ſeine Frau dieſelbe zu vertreten? 158. 247.
Ehefrauen, geſchiedene, deren Antheil am Allmend und Gemeindegut nach dem Tode ihrer ehemaligen Ehemänner. 274.
Eheliche Gütergemeinſchaft nach franzöſiſchem Recht, von F. A. G. Schneider, Literaturbericht. 190.
Eheſcheidungen, Förmlichkeiten bei — auf wechſelſeitige Einwilligung. 288.
Eheſtreitigkeiten über die Erziehung der Kinder ſind von den Gerichten im gerichtspolizeilichen Wege zu entſcheiden. 81.
Eheverlöbniſſe, ſ. Conventionalſtrafe.
Ehrenkränkung in Proceßſchriften. 103.
Eigenthum. Sachlegitimation bei Rechtsſtreiten für und wider getheiltes Eigenthum. 1.
Eigenthumsvorbehalt. Wirkung des Gedings deſſelben bei Kaufverträgen. 3.
Einrede des Betrunkenſeins und deren Beweis bei Abſchließung von Verträgen. 308.
Entſchädigung wegen Nichterfüllung eines Vertrags. (L.R.S. 1146), insbeſondere hinſichtlich eines im Auslande geſchloſſenen. 195.
Entſchädigungsklage gegen Verwaltungsbeamte. 96.
Erbeinſetzung, deren Widerruf wegen Undanks. 345.
Erberſchleichung, ſ. Teſtamentsanfechtung.
Erblehengüter, Erbfolge darein, Nutznießung des überlebenden Ehegatten daran, und Heimfall derſelben. 298.
Erbſchaft. Gehört die Einweiſung in Beſitz und Gewähr einer — (L.R.S. 770) vor die Gerichte oder die Verwaltungsbehörden? 198.
Ernteertrag, ſ. Vorzugsrecht.
Erſitzung, ſ. Dienſtbarkeiten.
Erziehung der Kinder gebührt bei factiſcher Trennung der Ehegatten dem Manne. 81.

Falſchmünzen. Iſt ein 30 kr. Stück eine grobe Münzſorte? 112.
Familienſtipendium, Klage auf Gewährung eines — auf den Grund einer Anerkennung. 398.
Familienſtipendium, Rechtsſtreit, den Genuß des babſtiſchen — in Freiburg betreffend. 403.
Forſtberechtigungen. 160. 262.
Freiwillige Gerichtsbarkeit, Zuſtändigkeit der Gerichte in Sachen der —, Rechtsmittel in derartigen Sachen. 265.
Friſt, Anordnung der — von welcher §. 443 der Proceßordnung ſpricht. 101.

Gant. Zahlung an einen Gläubiger durch einen dritten Betheiligten vor Vertheilung der Maſſe, in wie fern muß ſolche im Vertheilungsbeſcheid abgerechnet werden? 20.
Gant, die — iſt ſie im Falle des §. 814 Nr. 2 der Proceßordnung von Amtswegen für eröffnet zu erklären? 108. 161. 249. 281.
Ganten, Gerichtsſtand bei —, anziehende Kraft des Gantproceſſes. 133.
Gantedict, deſſen Kundmachung. 32.
Ganteröffnung aus Veranlaſſung des Vormunds, ſ. Vormund.
Gantmann, iſt der — nach Einſtellung des Gantverfahrens des Rechts der Vermögensverwaltung fortdauernd verluſtig? 191.
Gemeindebrunnen, ſ. Competenz.
Gerichtsbotenweſen. 16.
Gerichtsſtand in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten. 5.
Gerichtsſtand bei Ganten, ſ. Ganten.
Gerichtsſtand, Unzuſtändigkeit des Gerichts wegen Prävention. 223.
Gerichtsſtand. Wahl des Gerichts erſter Inſtanz als Schiedsgericht, ſ. Schiedsgericht.
Geſchäftsführung, Anſprüche aus einer ſolchen. 27.

Halbverträge, Irrthum und Unredlichkeit dabei. 57.
Handelsgeſellſchafter, deren Sammtverbindlichkeit. 205.
Handelsrecht, Anhangſätze 92 a. e. und a. f. 21.
Hausſuchung. 290.
Haustheilung, Rechtsſtreit über die Gültigkeit einer —. 212.
Holzdiebſtahl. 337.

Indicium, ſ. Anzeige.
Inſcription. Iſt zur Gültigkeit der — eines Urtheils die Mitwirkung des ganzen Pfandgerichts erforderlich? 398.
Irrthum und Betrug kann im Wege der Einrede, ohne das Begehren, den Vertrag aufzuheben, wirkſam geltend gemacht werden. 269.
Irrthum und Unredlichkeit bei Halbverträgen. 57.

Kaufvertrag, Anwendung der Anhangſätze 92 a. e. und a. f. des Handelsrechts. 21.
Kaufvertrag. Geding des Eigenthumsvorbehalts bei demſelben. 3.
Käufer, Retentionsrecht des —. 230.
Kindſchaft, eheliche. 4
Kirchenbauſache, §. 29 des Bauedicts, Fortbeſtand der Baurechte einer Kirche bei Verlegung des Kirchengebäudes, Theilbarkeit der Verbindlichkeit mehrerer Baupflichtiger. 359.
Klagen gegen Ehefrauen, ſ. Ehefrau.
Koſten. Recurs wegen derſelben in Strafſachen. 371.
Koſten der letzten Krankheit, deren Vorzugsrecht. 97. 242.
Koſten der Unterhaltung eines Sträflings genießen in der Gant deſſelben kein Vorzugsrecht. 188.

Landesverweiſung iſt auch neben bürgerlicher Strafe eines peinlichen Vergehens zu erkennen. 377.
Landesverweiſungsbruch, Strafe des wiederholten — 193.
Landrechtsſätze. S. 51. 34; S. 267. 268. 88; S. 544 c. 1; S. 577 a. m. 1; S. 577 b. g. 369; S. 716. 46; S. 770. 197; S. 896. 394; S. 901. 345; S. 931. 120; S. 1014. 4; S. 1021. 4; S. 1146. 1139. 195; S. 1100 a. a., 1983 a. 217; S. 1186. 274;

Digitized by Google

S. 1200. 20; S. 1282. 64; S. 1319. 333; S. 1653. 230; S. 1690, 2214. 47; S. 2037. 228.
Legat, ſ. Stückvermächtnißnehmer.

Mahnung durch Briefe gilt nicht als Aufforderung im Sinne des L.R.S. 1139. 195.
Majeſtätsbeleidigung. 138.
Minderjähriger, Anfechtung eines durch ihn allein eingegangenen Vertrags. — Wird er auch gegen einen Vertrag ſeines Vormundes blos wegen erlittener Verkürzung reſtituirt? 41.
Miteigenthum. Gebrauchsrecht der einzelnen Miteigenthümer an der gemeinſchaftlichen Sache. 363. ſ. auch Untheilbarkeit.
Münzfälſchung und Münzfeilſchaft. 131.
Münzſorte, ſ. Falſchmünzen.

Nachdruck, Rechtsfall. 142.
Nachträge zu Appellationsbeſchwerdeſchriften, wie lange ſind ſolche zuläſſig? 387.
Namensunterſchrift der Beamten, ſ. Urkunde.
Negatorienklage, Wirkung einer rechtskräftigen Entſcheidung, wodurch eine Negatorienklage abgewieſen wird. 111.
Nichtigkeiten, relative und abſolute, insbeſondere jene des §. 84 der Proceßordnung. 239.
Niederkunft, heimliche, ſ. Schwangerſchaft.
Nutznießung. Enthält das mehreren Perſonen gegebene Vermächtniß der ſucceſſiven Nutznießung an Liegenſchaften und Fahrniſſen, mit der Befugniß im Nothfalle die Subſtanz der vermachten Gegenſtände anzugreifen, eine verbotene Aftererbeinſetzung? 388.
Nutznießung an Haustheilen, ſ. Wohnungsrecht.

Peinliche Frage, §. 10 lit. bb. des Strafedicts vom Jahr 1803. 105.
Pfandgericht, ſ. Inſcription.
Pfarrcompetenz, Rechtsſtreit über eine — 127.
Präcluſivbeſcheid, deſſen Kundmachung. 32.
Prävention, ſ. Gerichtsſtand.
Preßvergehen. Haben mehrere Perſonen zum Erſcheinen einer ſträflichen Druckſchrift in ein und derſelben Klaſſe zuſammengewirkt, ſo ſind ſie Alle gleichzeitig verantwortlich. 372.
Preßvergehen, ſ. auch Anklageproceß.
Proceßnovelle, Art. 7, 160; Art. 5, 10. 166, 216.
Proceßordnung. Erläuterungen über einzelne Paragraphen: §. 42. 223; §. 47. 5; §. 84. 239; §. 187, 197. 34; §. 402. 379. 201; §. 443. 101; §. 451. 36; §. 669. 670. 29; §. 653. 1178. 1223. 166; §. 657. 244; §. 702. 344; §. 764. 274; §. 814, Z. 1. 31; §. 814. Z. 2. 108. 161. 249. 281; §. 937. 208; §. 939, Ziff. 3. 854. 859. 14; §. 1016. 335; §. 1034. 246; §. 1059. 230; §. 1201. 1203. 1214. 216.

Raub, ſ. Diebſtahl.
Rechnersuntreue, kann ein Vormund ſich des Verbrechens derſelben ſchuldig machen? 376.
Rechnungsabſolutorien, Wirkung derſelben. 380.
Rechtsabtretung, deren Verkündung. 47.
Rechtsgeſchäft. Das zwiſchen einem württembergiſchen Chriſten und einem ausländiſchen Juden über mehr als 50 fl. abgeſchloſſene — bedarf der obrigkeitlichen Beſtätigung, widrigenfalls der Chriſt, ohne beweispflichtig zu ſein, ſich des Einwandes, daß der Jude wucherlich oder betrügeriſch gehandelt habe, mit dem Erfolg bedienen kann, daß Letzterer bei Verluſt ſeiner Forderung das Gegentheil darthun muß. 259.
Rechtskräftige Entſcheidung, Wirkung einer —, wodurch eine Negatorienklage abgewieſen wird. 111.
Rechtsmittel, welches — iſt gegen eine Vollſtreckungsverfügung zuläſſig? 284.
Rechtsmittel in den Fällen der L.R.S. 267 und 268. — 88.
Rechtstitel einer Dienſtbarkeit, ſ. Dienſtbarkeit.
Rekurs. Findet ſolcher in Straſſachen wegen der Koſten allein ſtatt? 371.
Remiſſorien. 265.
Retentionsrecht, das im L.R.S. 1653 dem Käufer eingeräumte, kommt nach §. 1059 der Proceßordnung dem Steigerer nicht zu ſtatten. 230.

Sachlegitimation bei Rechtsſtreiten für und wider getheiltes Eigenthum. 1.
Sammtverbindlichkeit. Steht dem Sammtbürgen das Beneficium des L.R.S. 2037 zur Seite? 228.
Sammtverbindlichkeit der Handelsgeſellſchafter. 205.
Schaaftrieb in Waldungen. 231.
Schatz, was iſt ein ſolcher? 46.
Schiedsgericht. Muß dasjenige Gericht, bei welchem der allgemeine Gerichtsſtand erſter Inſtanz begründet iſt, die Wahl als Schiedsgericht auch in den Fällen annehmen, in welchen ſchiedsrichterliche Entſcheidung durch das Geſetz geboten iſt? 34.
Schiedsſpruch, ein — iſt giltig, wenn der ſtreitige Gegenſtand, welcher im Schiedsvertrag ſelbſt bezeichnet ſein ſollte, aus andern damit in Verbindung ſtehenden Urkunden zur Genüge erhellt. 189.
Schwangerſchaft. Iſt Verheimlichung der — und Niederkunft ſtrafbar, wenn das Kind am Leben bleibt? 207.
Schwangerſchaft, außereheliche, Zeitpunkt zur Anzeige. 399.
Sportel- und Stempelfreiheit der Militärperſonen. 248.
Sportelgeſetz, unter Anführung der Motive bearbeitet von L. Stempf, Literaturbericht. 200.
Staatsdiener, ſ. Dieneredict.
Strafgeſetzgebung, Beitrag zu deren Geſchichte, die Unzuchtsſtrafe betreffend. 375.
Strafproceßordnung, §§. 261—271. 119. §. 243. 153.
Stückvermächtnißnehmer, wann erwirbt er das Eigenthum an der legirten Sache? 394.

Tagfahrt, Anordnung der —, von welcher der §. 443 der Proceßordnung ſpricht. 101.

Digitized by Google

Teſtamentsanfechtung auf den Grund der Verſtandesſchwäche des Erblaſſers und der Erſchleichung des Erben durch Liſt und Betrug. L.R.S. 901. 345.
Tödtung und Verwundung durch Fahrläſſigkeit eines Lokomotivführers. 113.
Tortur, ſ. peinliche Frage.
Trunkenheit, ſ. Einrede.

Unterſchlagung, wiederholte. 192.
Untheilbarkeit gewiſſer gemeinſchaftlicher Sachen. 369.
Unzuchtsſtrafe, ſ. Strafgeſetzgebung.
Urkunde. Zur vollen Beweiskraft einer öffentlichen — iſt die Namensunterſchrift eines Beamten nach gemeinem und vorderöſtreichiſchem Rechte nicht nothwendig. 263.
Urkundenfälſchung, ſ. Betrug.
Urtheil, ſ. Inſcription.

Vaterſchaftsklage, gegründet auf freiwillige Geſtändniſſe. 358.
Verhandlung, Verweiſung der weitern — an den Unterrichter nach Aufhebung ſeines Erkenntniſſes (§. 1223 der Proceßordnung). 166.
Verjährung des Klagrechts des Fiskus gegen den Rechner wegen verausgabter Gelder. 380.
Verkündung der Rechtsabtretung. 47.
Vermächtniß der Nutznießung, ſ. Nutznießung
Vermächtniß einer fremden Sache. 394.
Vermuthung, die geſetzliche — des L.R.S. 1282. 64.
Verpfründungen und Vermögensübergaben, Erforderniſſe der Form des deßfallſigen Vertrags, Fortbeſtand des Geſetzes vom 25. September 1807 (Reg.-Bl. Nr. 15) neben L.R.S. 1983 a. vergl. mit L.R.S. 1100 a a. 217.
Verſäumungserkenntniß, Appellation gegen ein — (§§. 653 und 1178 der Proceßordnung und Art. 10 der Nov). 166.
Verſäumungserkenntniß, Zurücknahme der Verfügung, wodurch Wiederherſtellung ausgeſprochen wird; — Wirkung der mündlichen Verkündung des — 244.
Verſäumungserkenntniſſe. Wie iſt die Beſtimmung des §. 669 Nr. 2 mit der des §. 670 der Proceßordnung zu vereinbaren? 29.
Verſäumungserklärung, geſetzwidrige Trennung der — und des Ausſpruchs, was in der Sache ſelbſt Rechtens (Art. 5 der Proceßnovelle). 166.
Versio in rem, Anſprüche aus ſolcher. 27.
Verwaltungsbeamte, Entſchädigungsklage gegen — 96.
Verwundung aus Fahrläſſigkeit, ſ. Tödtung.
Verwundung, gefährliche. 255.
Verzug, die Setzung in — kann weder vor Ablauf der Lieferungsfriſt, noch nach Auflöſung des Vertrags ſtattfinden. 195.
Viehkaufprotokolle, ſind ſie öffentliche Urkunden? 2.
Vindication einer beweglichen Sache nach L.R.S. 2279. 314.
Vollſtreckungsverfügung, Rechtsmittel dagegen. 284.
Vormund, kann ſolcher Rechnersuntreue begehen? 376.
Vormund, bedarf derſelbe der obervormundſchaftlichen Ermächtigung, um behufs der Ganteröffnung Namens ſeines Pflegbefohlenen die im §. 814 Ziff. 1 der Proceßordnung bezeichnete Erklärung abzugeben? 31.
Vormund. Vertragsanfechtung des Minderjährigen, ſ. Minderjähriger.
Vorzugsrecht der Koſten der letzten Krankheit. 96. 242.
Vorzugsrecht des Verpächters auf den Ernteertrag. 283.

Wiederkaufsklage. 277.
Wohnungsrecht. Wenn Jemand bei Veräußerung eines Hauſes die lebenslängliche Benützung beſtimmter Haustheile ſich vorbehält, iſt unter dem Ausdruck „Benützung" das Wohnungs- oder das Nutznießungsrecht zu verſtehen. 203.

Zehntablöſung. Der Zehntherr haftet als ſolcher für das Ablöſungskapital der Zehntlaſten, wenn dieſes das Zehntablöſungskapital überſteigt, nur bis zum Betrage des Letztern. 91
Zwangsverſteigerung von Liegenſchaften. Findet Appellation ſtatt, wenn der Richter auf den dem Schuldner nach §. 1034 der Proceßordnung zuſtehenden Antrag nicht eingeht? 246.

Regiſter

zu dem Beiblatte der Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte von 1846.

Die Ziffern bezeichnen die Seiten.

Beiſtand. Wer in Folge eines Urtheils ohne einen Beiſtand nicht rechten darf, kann auch nicht als Appellant oder Caſſationskläger auftreten, wenn der ihm verordnete Beiſtand hiezu ſeine Zuſtimmung verſagt. 20.
Beiſtand, ſ. auch Verſchwender.
Bergwerk, ſ. Dienſtbarkeit.
Beſitzklage, ſ. Friedhof.
Bürge. Das im Art. 2037 C. c. dem Bürgen verliehene Recht ſteht dem ſammtverbindlichen Mitſchuldner gegen den Gläubiger nicht zu. 10.

Darlehn des Sohnes von den Eltern, ſ. Nachlaßvergleich.
Dienſtbarkeit. Die Errichtung von Abzugsgräben, um

Digitized by Google

durch ſie Waſſer aus einem Bergwerke zu entfernen, iſt in Beziehung auf die tiefer gelegenen Grundſtücke eine Erſchwerung der Dienſtbarkeit des Art. 640 C. c. — Wenn dieſes Waſſer mit für die Crescentien ſchädlichen Beſtandtheilen geſchwängert iſt, ſo wird der Eigenthümer des Bergwerks entſchädigungspflichtig, und iſt gehalten, Vorrichtungen zu treffen, wodurch der Abfluß des ſchädlichen Waſſers auf das untere Grundſtück verhindert wird. 14.

Ehefrau. Wenn eine Ehefrau ihren Mann zur Uebernahme von Verbindlichkeiten auf ihren Namen zum Zwecke der Deckung ſeiner Schulden ermächtigt, ſo müſſen in der deßfallſigen Vollmacht die einzelnen Schulden genau bezeichnet ſein, ſonſt ſind die im Namen der Frau eingegangenen Verbindlichkeiten nichtig. 26.

Ehefrau, Zuſchreibung eines der Gütergemeinſchaft angehörenden Wechſels durch die Ehefrau, ſ. Wechſel.

Eheleute, deren Gemeinſchaftsvermögen. Der Ehemann kann zum Zwecke der Ausſtattung, eines beiden Ehegatten gemeinſchaftlichen Kindes über das geſammte, ſowohl gegenwärtige, als zukünftige Gemeinſchaftsvermögen verfügen, ohne daß er hiezu der Einwilligung ſeiner Ehefrau bedarf. 5.

Ehevertrag. Der Verzicht eines Ehegatten auf Vortheile, welche ihm der andere Ehegatte auf den Fall des Ueberlebens im Ehevertrag zugeſichert hatte, hat zur Folge, daß andere Schenkungen, welche ohne dieſen Verzicht wirkungslos geweſen wären, weil ſie den Pflichttheil angegriffen hätten, nunmehr zum Vollzug kommen. 16.

Erbſchaft, ſ. Miterben.

Erbvermächtniß. Ein Vermächtniß, welches der Erblaſſer ſelbſt als „Erbvermächtniß" bezeichnet, verliert dieſe Eigenſchaft dadurch nicht, daß er das bloße Eigenthum ſeiner unbeweglichen Güter andern Vermächtnißnehmern hinterlaſſen, und dem Erbnehmer nur die Nutznießung daran vorbehalten hat. 1.

Friedhof. Ein Friedhof kann nicht Gegenſtand einer Beſitzklage ſein. 13.

Geſellſchafter. Der Tod eines Geſellſchafters zieht Dritten gegenüber die Auflöſung der Geſellſchaft nicht nach ſich, wenn dieſe nicht veröffentlicht wird, und die Geſellſchaft fortfährt, ihre Geſchäfte zu betreiben. In dieſem Falle muß die Erklärung des Zahlungsvermögens ſelbſt zu Gunſten von Gläubigern, deren Forderungen erſt nach dem Tode eines Geſellſchafters entſtanden ſind, nicht allein gegen die überlebenden Geſellſchafter, ſondern gegen die Geſellſchaft ſelbſt ausgeſprochen werden. 2.

Geſellſchafter, ſ. auch Vermuthungsbeweis.

Geſellſchaftsvertrag. Die Beſtimmung in einem Geſellſchaftsvertrage, daß das Geſellſchaftsvermögen durch veräußerliche Actien repräſentirt werden ſolle, enthält einen gültigen Verzicht der Geſellſchafter auf das ihnen geſetzlich zuſtehende Recht, die Auflöſung der Geſellſchaft, und die Theilung des Geſellſchaftsvermögens zu verlangen. 7.

Kauf. Der Vertrag, wodurch Jemand ſeine Fahrniſſe, welche er gerade beſitzt, und zur Zeit ſeines Todes beſitzen wird, ſo wie die Liegenſchaften, deren Eigenthümer er gerade iſt, verkauft, iſt nichtig. 17.

Kaufpreis. Die Beſtimmung in einem Kaufvertrage, daß der Kaufpreis auf dem Geſchäftszimmer eines (benannten) Notärs bezahlt werden ſolle, ermächtigt dieſen Notär noch nicht zur Empfangnahme. Das Ermeſſen des Richters darf jedoch entſcheiden, daß im einzelnen Falle hiedurch eine ſolche Ermächtigung ertheilt worden ſei. 21.

Kaufpreis, ſ. auch Verjährung.

Kinder, natürliche. Wenn Jemand, dem früher aus geſetzlicher Ehe keine Kinder geboren waren, und welcher einem anerkannten, natürlichen Kinde eine Schenkung unter Lebenden gemacht hatte, ſpäter ein eheliches Kind bekommt, ſo wird durch deſſen Geburt die Schenkung nicht widerrufen. 27.

Landrechtsſätze: S. 137, 138—9, 28. S. 210, 1142—4. S. 223, 198, 1538, 1998—26. S. 299, 959—18. S. 513, 514—20, 21. S. 537, 1598. 1293—25. S. 640, 1382, 544—14. S. 644—26. S. 780, 786—16. S. 827, 834, 835, 1351—19. S. 815, 1869—7. S. 829, 843—15. S. 887, 889—19. S. 893, 931, 2279—25. S. 893, 922—6. S. 901, 902, 936—11. S. 919, 920—17. S. 960—27. S. 1003, 1010—1. S. 1130, 1174—17. S. 1184, 1610—11. S. 1239—21. S. 1341, 1347—28. S. 1383—2, 13. S. 1421, 1426—8. S. 1422, 1439—5. S. 1492—22. S. 1582, 1583, 1340 a. b.—14. S. 1654, 2265—27. S. 1865—2. S. 1978—3. S. 1992, 1994—23. S. 2129—13. S. 2226—13. S. 2637, 2021—10.

Leibrente. Wenn ein in Gütergemeinſchaft lebendes Ehepaar ein zu der Gemeinſchaft gehörendes Grundſtück gegen eine Summe Geldes, und eine bis zu dem Tode des Längſtlebenden der Eheleute zu zahlende Leibrente verkauft, und der Mann zuerſt ſtirbt, ſo kann die Wittwe die Leibrente für ſich in Anſpruch nehmen, wenn ſie ſich auch der Gütergemeinſchaft entſchlägt. 22.

Leibrenten. Nahrungsgehalte und Leibrenten, welche durch Vermächtniß als unangreifbar bezeichnet ſind, können auch vor ihrer Verfallzeit cedirt werden. 25.

Leibrentenvertrag. Das Uebereinkommen, daß ein Leibrentenvertrag durch Nichtzahlung der Rente aufgelöſt werde, iſt gültig. — Im Falle der Auflöſung wegen Nichtzahlung kann der Schuldner nicht verurtheilt werden, die von der Vertragsauflöſung an laufenden Beträge in dem Fuße der bedungenen Rente zu zahlen, es ſei denn unter dem Titel einer Entſchädigung. 3.

Looſe, ſ. Miterben.

Miterben. Die Zutheilung der Looſe an die einzelnen Miterben kann nur durch Uebereinkunft der Parteien, oder durch Verlooſung geſchehen. — Der Auftrag des Richters an Sachverſtändige, die Looſe zu fertigen, und ſie zuzutheilen, iſt nur ein Deciſivdecret, und kein Urtheil, was die Einrede der entſchiedenen Sache begründet. 19.

Miterben. Gegen die von einem Miterben an einen der an-

Digitized by Google

dern geſchehene Uebertragung ſeines Rechtes auf die Erbmaſſe kann die Umſtoßungsklage wegen Verletzung über ein Viertheil auch dann angeſtellt werden, wenn die Ceſſion nur die Gemeinſchaft zwiſchen dieſen beiden Miterben aufhebt, ſollte ſelbſt die Erbſchaft unter den übrigen Miterben noch ungetheilt bleiben.

Die Anführung der Worte: „Der Verkauf geſchieht auf des Käufers eigene Gefahr" in der Vertragsurkunde ſteht der Umſtoßungsklage nicht entgegen, wenn der Käufer nicht in der That ein gewagtes Geſchäft eingegangen hat. 19.

Nachlaßvergleich. Wenn ein Sohn von ſeinen Eltern verzinsliche Darlehen erhalten hatte, ſodann zahlungsunfähig wurde, und hierauf zwiſchen ihm und ſeinen Gläubigern ein Nachlaßvergleich zu Stande kam, ſo iſt er nur verpflichtet diejenige Summe in die älterliche Hinterlaſſenſchaft einzuwerfen, welche er kraft des Nachlaßvergleiches noch ſchuldete, nicht aber die urſprüngliche Darlehensſumme. 15.

Notar. Ein von ſeinem Klienten bezahlter Notar iſt demſelben für die aus einem irrigen Rathe entſtehenden Nachtheile verantwortlich. 2.

Notar. Ein Notar iſt nicht unbedingt für die Gültigkeit der von ihm aufgenommenen Acte verantwortlich. 13.

Pflichttheil, ſ. Schenkung des Vaters.

Rente, ſ. Leibrentenvertrag, auch Unterhaltsrente.

Sammtverbindlichkeit, ſ. Bürge

Schenkung an natürliche Kinder, ſ. Kinder.

Schenkung, eine verſchleierte Schenkung iſt von der Einwerfung befreit. 6.

Schenkung eines Taubſtummen, ſ. Taubſtummer.

Schenkung des Vaters an die Kinder. Wenn ein Vater ſeinen Kindern ein den Freitheil erſchöpfendes Geſchenk als einen Voraus außer dem Erbtheil gibt, ſo iſt dieſe Schenkung auf den Freitheil und nicht auf den Pflichttheil einzurechnen; ſpätere freigebige Verfügungen bleiben daher ohne Wirkung, und ſelbſt dann, wenn ſich der Vater bei der Schenkung die freie Verfügung über ſein übriges Vermögen vorbehalten hatte. 17.

Schenkung zwiſchen Ehegatten, ſ. Ehevertrag und Trennung.

Staatspapiere. Das Geſchenk der Nutznießung an Staatspapieren kann unter Umſtänden auch dann für gültig erachtet werden, wenn es nicht unter den für Schenkungen vorgeſchriebenen Formen gegeben worden iſt. 25.

Taubſtummer. Kann ein des Leſens und Schreibens unkundiger Taubſtummer unter Lebenden ſchenken?

Trennung. Die gegen einen Ehegatten erkannte Trennung von Tiſch und Bett bewirkt nicht den Widerruf der ihm von dem andern Ehegatten gemachten Geſchenke. 18.

Unterhaltungsrente. Die Verpflichtung, Jemanden in ſeinem eigenen Hauſe die Wohnung, und an ſeinem Tiſche die Koſt zu geben, kann von den Gerichten in die Verbindlichkeit, eine jährliche Unterhaltsrente zu zahlen, umgewandelt werden, wenn den Parteien das Zuſammenleben unerträglich geworden iſt, und hiezu der Verpflichtete die Veranlaſſung gegeben hat. 4.

Verjährung. Die Klage auf Abtretung eines verkauften Guts, wegen Nichtzahlung des Kaufpreiſes durch den erſten Erwerber iſt durch den Ablauf von 10, beziehungsweiſe vor 20 Jahren gegen den dritten Beſitzer, welcher die Liegenſchaften in gutem Glauben erworben hat, verjährt. 27.

Verletzung über ein Viertheil, ſ. Miterben.

Vermuthungsbeweis kann für zuläſſig erkannt werden, wenn von dem Syndicus einer zahlungsunfähig gewordenen Geſellſchaft gegen Jemanden der Beweis geführt werden ſoll, daß er vertrauter Geſellſchafter geweſen ſei. 28.

Verſchwender. Der gerichtlich verordnete Beiſtand eines Verſchwenders kann Wiederherſtellung gegen ein Verſäumungserkenntniß ſuchen, welches auf eine gegen den Letzteren gerichtete Klage erging, wenn die Ladung dieſem und dem Beiſtand zugleich zugeſtellt war. 21.

Vertrag? Vertragsentwurf? 14.

Vertragsauflöſungsklage. Die Vertragsauflöſungsklage wegen Mangels der Lieferung zur rechten Zeit iſt auch dann zuläſſig, wenn in den Vertrag die Beſtimmung daß er ohne Weiteres für aufgelöſt zu erachten ſei, falls nicht zur rechten Zeit geliefert werde, nicht aufgenommen worden iſt. 11.

Waarenverſender. Der Waarenverſender iſt dem Abſender für den genauen Vollzug ſeiner Weiſungen verantwortlich; auch dann, wenn ſie den Zweck hätten, die urſprüngliche Beſtimmung bereits verſendeter Waaren zu ändern. — Dieſelbe Verantwortlichkeit hat der Zwiſchenverſender für den Vollzug der ihm von dem Abſender unmittelbar zugegangenen Weiſungen. 23

Wäſſerung. Derjenige, deſſen Eigenthum längs eines fließenden Waſſers hinzieht, darf ſich deſſelben zur Wäſſerung nicht auf eine Weiſe bedienen, daß dadurch das Waſſer auf das niedriger gelegene Grundſtück geführt und dieſes beſchädigt wird. Der Eigenthümer des letzteren Grundſtückes iſt zur Aufnahme ſolchen Waſſers nicht verpflichtet. 26.

Wechſel. Die Zuſchreibung eines der Gütergemeinſchaft angehörenden Wechſels durch die Ehefrau ohne des Mannes Ermächtigung und Auftrag iſt nichtig, ſowohl für den erſtmaligen, als alle folgende Indoſſotare, wenn ſie auch in gutem Glauben gehandelt haben, ſobald ſich aus der Unterſchrift ergibt, daß ſie von einer verheiratheten Frau, ſomit von einer zu einem ſolchen Rechtsgeſchäfte unfähigen Perſon herrührt. 8.

Wechſelzuſchreibung. Ueberträgt eine unregelmäßige Wechſelzuſchreibung auch dann das Eigenthum nicht, wenn der Indoſſatar beweiſt, daß er dem Indoſſanten den Werth erſtattet hat? 9.

Wohnung, ſ. Unterhaltsrente.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro. 1. Karlsruhe den 3. Januar 1846.

I.

Sachlegitimation bei Rechtsſtreiten für und wider getheiltes Eigenthum.

In den Annalen Jahrgang IX. S. 255 iſt eine Entſcheidung des unterrheiniſchen Hofgerichts mitgetheilt, worin angenommen wurde, daß während der Dauer des zertheilten Eigenthums die Sachlegitimation in Rechtsſtreiten, welche dieſes Eigenthum betreffen, allein auf Seite des Nutzeigenthümers ſich befinde und dem Obereigenthümer nicht zuſtehe. Nach derſelben Anſicht entſchied der Gerichtshof auch am 26. Mai 1841 über dieſe wichtige Frage, allein diesmal nur mit Mehrheit einer Stimme und am 6. December 1842 erfolgte von Großh. Oberhofgericht ein abänderndes Erkenntniß, womit der Obereigenthümer als zu derartigen Klagen neben dem Nutzeigenthümer legitimirt anerkannt wurde.

Entſcheidungsgründe.

Die Klägerin als Obereigenthümerin der fraglichen Erbbeſtandsmühle nimmt ein Beholzigungsrecht gegen die beklagte Gemeinde als ein auf deren Waldungen zu Gunſten dieſer Mühle ruhende Dienſtbarkeit mit der konfeſſoriſchen Klage in Anſpruch und es entſteht zunächſt die Frage, ob die Klägerin zur gerichtlichen Verfolgung dieſes Anſpruchs berechtigt iſt oder nicht.

An einer ausdrücklichen geſetzlichen Beſtimmung darüber, ob der Obereigenthümer eine ſolche Klage anſtellen könne, fehlt es im Landrecht: Der L.R.S. 1831 bc. ſpricht nur vom Erbbeſtänder und beſtimmt, daß dieſer die Rechte und Verbindlichkeiten eines Nutzeigenthümers habe und es ſind daher die einzelnen Rechte des Grund- und Nutzeigenthümers aus der Natur des Grund- und Nutzeigenthums und den hierüber beſtehenden geſetzlichen Beſtimmungen der L.R.S. 544 ff. und 577 aa. ff. abzuleiten.

Nach L.R.S. 544 c. beſteht da, wo das Eigenthum in Grund- und Nutzeigenthum getheilt iſt, das Recht des Grundeigenthümers in der Rechtserwartung des einſtigen Heimfalls des Genuſſes in beſtimmten Fällen und dem Rechte zu allen Verfügungen über die Sache, welche ihre Erhaltung im Stande einer unveränderten Genießbarkeit betreffen. Zu den letztern Rechten gehört aber unzweifelhaft auch das Recht, die Fortdauer einer zu Gunſten des Eigenthums beſtehenden Dienſtbarkeit dann zu verlangen, wenn das Recht ſelbſt beſtritten wird und durch die verweigerte Ausübung der Dienſtbarkeit der Zuſtand des Genuſſes für alle Zeiten eine Aenderung erleiden ſoll, und dieſes Recht, wenn es ein wirkſames ſein ſoll, muß der Berechtigte auch gegen den Verpflichteten, welcher die Dienſtbarkeit beſtreitet und damit zugleich den Zuſtand des Genuſſes ändert, gerichtlich verfolgen können, ſo daß die Klägerin nach der Natur des ihr an der fraglichen Mühle zuſtehenden Grundeigenthums und auf den Grund der Beſtimmungen des L.R.S. 544 c. zur Anſtellung der vorliegenden konfeſſoriſchen Klage für legitimirt zu erachten iſt.

Das Großherzogl. Hofgericht hat ſich zur Begründung ſeiner entgegenſtehenden Anſicht auf den L.R.S. 577 am. berufen und glaubt, daß das hiernach dem Nutzeigenthümer zur Verfolgung des Eigenthums und der mit dieſem verbundenen Rechte zuſtehende Klagrecht das Klagrecht des Obereigenthümers ausſchließe. Allein dieſe Geſetzesſtelle begründet einen ſolchen Ausſchluß nicht, es ergibt ſich aus ihrem Inhalt und insbeſondere aus der Verweiſung auf den L.R.S. 613 vielmehr nur ſo viel, daß die Rechte und Pflichten des Nutzeigenthümers, welcher durch

Digitized by Google

L.R.S. 577 a c. dem Nutznießer gleichgeſtellt worden war, erweitert werden ſollten, und wenn daher auch der Erbbeſtänder die vorliegende Klage ebenfalls hätte erheben können, ſo ſteht dieſes Recht auch dem Grundeigenthümer zu, weil dieſe Klage nicht die Zutheilung der einzelnen Holzgenüſſe an den Grundeigenthümer, ſondern nur die Anerkennung und die Fortdauer des Dienſtbarkeitsrechts der fraglichen Mühle als eines zwiſchen Grund- und Nutzeigenthümer getheilten Eigenthums zum Gegenſtande hat. Fr. P. *Schmidt.*

II.

Sind die von den Bürgermeiſtern aufgenommenen Viehkaufprotokolle öffentliche Urkunden?

Nach L.R.S. 1317 iſt eine öffentliche Urkunde diejenige, welche von einem öffentlichen Beamten, welcher an dem Ort des Geſchäfts zu beurkunden berechtigt iſt, mit den erforderlichen Feierlichkeiten verfaßt worden.

Wer zu dieſen Beamten gehört, und worin die Feierlichkeiten beſtehen, iſt im Landrecht nicht geſagt, und deßhalb müſſen die Beſtimmungen darüber in anderen Geſetzen geſucht werden. Ein hierauf bezügliches Geſetz iſt:

1) die Notariatsordnung vom 3. November 1806 und der Nachtrag dazu vom 20. Mai 1809.

(Daß die Notariatsordnung Geſetzeskraft habe, iſt in den Blättern für Juſtiz und Verwaltung II. Band Seite 444 bis 456 näher ausgeführt.)

Im §. 7 der Notariatsordnung und im Zuſatz hierzu im Anhang zu derſelben iſt der Gegenſtand der Staatsſchreiberei: „Darlegung eines ſichern und öffentlichen Beweiſes über einen gewiſſen Vorgang, und Verfertigung aller Aufſätze über einſeitige und zweiſeitige Willenserklärungen nach der durch das Landrecht vorgeſchriebenen Form, mit Beobachtung aller für deren innern und äußern Rechtsbeſtand erforderlichen Eigenſchaften."

Im §. 29 ſind die Geſchäftsgegenſtände der Staatsſchreiberei und namentlich unter Nr. 9 „Verfaſſung öffentlicher Contraktenurkunden über Verträge, die nach den Geſetzen keiner richterlichen Dazwiſchenkunft bedürfen, oder worüber ſolche Dazwiſchenkunft vorausgegangen und ihnen (den Notaren) beſcheinigt vorgelegt iſt," bezeichnet.

Im Nachtrage der Notariatsordnung iſt das Amt der Staatsſchreiber überhaupt auf alle Gegenſtände, welche ihnen außer den ſpeciell genannten Geſchäften durch das Landrecht zugetheilt ſind, ausgedehnt.

Ebenſo wird nach dem Organiſationsedict von 1809 Beil. C. II. §. 39 lit. a. zu dem Geſchäftskreiſe der Amtsreviſorate die Ausfertigung der Contrakte, vorzüglich der Kauf- und Tauſchbriefe und Schuldverſchreibungen gezählt.

Nach §. 11 der Notariatsordnung und den §§. 1 u. 2 der Verordnung vom 19. Dezember 1837, Regierungsblatt von demſelben Jahre, Nr. 51 S. 436, muß der Notar zu dem von ihm zu beurkundenden Akte in der Regel zwei Zeugen zuziehen. *)

2) Nach § 4 und 5 der Inſtruktivverordnung über die Geſchäftsform bei den Untergerichten vom 20. Februar 1829, Regierungsblatt von demſelben Jahre, Nr. 5 S. 45 und 46, ſowie den §§. 223 und 224 der Proceßordnung haben die *Protokolle der Gerichte*, welche von Beamten mit Zuziehung eines verpflichteten Aktuars aufgenommen werden, die Beweiskraft öffentlicher Urkunden.

3) Den *Gemeinderäthen* iſt nach dem allegirten Organiſationsedict Beil. lit. B. §. 17 und §. 42 der Gemeindeordnung die Führung der Grund-Gewähr- und Unterpfandsbücher, und den *Bürgermeiſtern* nach dem ſchon citirten Organiſationsedict §. 7 lit. d. und §. 41 Nr. 9 der Gemeindeordnung, und den §§. 997 u. 1025 der Proceßordnung die Gerichtsbarkeit in Streitigkeiten über Gegenſtände im Werthe von 5 fl., beziehungsweiſe 15 fl., ſo wie die Verſteigerung von Fahrniſſen und Liegenſchaften im Zwangswege, übertragen.

Durch einen Erlaß des Miniſteriums des Innern vom 25. April 1840, Nr. 4722, Verordnungsblatt für den Unterrheinkreis von 1840, Nr. 17, Seite 44 iſt vorgeſchrieben worden, daß der Bürgermeiſter mit dem Rathſchreiber, oder ein Mitglied des Gemeinderaths allein ein Protokoll über abgeſchloſſene Viehkäufe aufnehmen ſolle.

Als Zweck dieſer Verordnung iſt die Rückſicht auf die Geſundheits- und Wohlfarthspolizei und Verhinderung der Uebervortheilung angegeben.

Es ſteht alſo eine rein polizeiliche Maßregel in Frage, welche auf die civilrechtliche Gültigkeit der Verkäufe ſich

*) Die eigentliche Quelle dieſer Vorſchrift iſt das Geſetz vom 22. Juni 1837, Regierungsblatt Nr. XIX. D. R.

nicht bezieht. Wehrer, Repertorium der Verordnungen ꝛc. sub voco „Viehkäufe", Rettigs Polizeigeſetzgebung, 3te Auflage, §. 1325.

Durch die citirte Verordnung ſollte den Bürgermeiſtern das Recht zur öffentlichen Beurkundung eines Viehkaufs nicht gegeben werden, wie ſchon daraus hervorgehen dürfte, daß der Bürgermeiſter oder ein Mitglied des Gemeinderaths allein das betreffende Protokoll abfaſſen kann,

§. 2 der citirten Verordnung,

was den oben angeführten geſetzlichen Beſtimmungen über die Erforderniſſe zu einer öffentlichen Urkunde entgegen wäre. In dieſer letzteren Beziehung dürfte überdies der §. 13 der Verordnung vom 19. Dezember 1837, Regierungsblatt von demſelben Jahre, Nr. 51, maßgebend ſein, wornach eine Urkunde, welche ein Amtsreviſor allein, ohne Zeugen, über ein Rechtsgeſchäft aufnimmt, nur als eine Privaturkunde gelten ſolle.

Da nach der obigen Ausführung den Bürgermeiſtern durch die beſtehende Geſetzgebung kein Recht ertheilt worden iſt, einen Viehkauf öffentlich zu beurkunden, ſo ſind die deßfalls abgefaßten Protokolle nur Privaturkunden, inſofern ſie dem L.R.S. 1322 entſprechen.

Scheuermann, Amtsaſſeſſor.

III.

Welche rechtliche Wirkung hat das bei Kaufverträgen gewöhnlich vorkommende Geding des Eigenthumsvorbehalts?

Zuvörderſt muß hier bemerkt werden, daß nach L.R.S. 1138 und 1583 durch den Abſchluß des Kaufvertrags das Eigenthum an der gekauften Sache, kraft Geſetzes, auf den Käufer übergeht, ohne daß hierzu noch die Uebergabe des Kaufgegenſtandes oder Bezahlung, beziehungsweiſe Creditirung des Kaufpreiſes, wie nach römiſchen Rechte, erforderlich wäre, wobei jedoch L.R.S. 1583 a. und §. 25 des 2ten Einführungsedicts zu berückſichtigen iſt.

Wenn nun ein Verkäufer den Kaufgegenſtand dem Käufer einhändigt, ohne daß der Kaufpreis bezahlt wurde, und dabei erklärt, der Käufer ſolle das Eigenthum an der übergebenen Sache nicht eher haben, bis er den Kaufſchilling bezahlt habe, ſo ſchließt der Verkäufer, da das Eigenthum durch den Vertragsabſchluß ipso jure auf den Käufer übertragen wird, in demſelben Momente einen Kaufvertrag und keinen ab, oder er nimmt mit der einen Hand zugleich wieder, was er mit der andern gegeben hat; oder endlich müßte nach Umſtänden ein anderer Vertrag, als ein Kauf vorliegen.

L. 20. D. de praecario (43. 26.).

L. 16. D. de peric. et com. rei vend. (18. 6.).

Will man einen vernünftigen Sinn in das fragliche Geding bringen, ſo muß man annehmen, daß die Abſicht des Verkäufers nur dahin gehe, das Eigenthum ſolle, falls der Käufer den Kaufpreis nicht entrichtet, wieder an den Verkäufer zurückfallen, und die Uebergabe des Kaufgegenſtandes als nicht geſchehen betrachtet werden, in welchem Falle alſo eine Reſolutivbedingung verabredet worden iſt.

In einer im Jahre 1821 in Freiburg erſchienenen Abhandlung von Dr. Holtzmann über den Eigenthumsvorbehalt wurde behauptet, das erwähnte Geding enthalte eine Reſolutivbedingung und gebe dem Verkäufer die Sicherheit, daß er eine Klage gegen den dritten Beſitzer wegen Zahlung des Kaufpreiſes habe, und den letzteren im Concurſe kraft Abſonderungsrechts fordern könne. Dieſe unrichtige Anſicht hat ihren Grund darin, daß der citirte Verfaſſer nicht zwiſchen dem Verkaufe beweglicher und unbeweglicher Sachen unterſchied.

Iſt der Käufer noch im Beſitze des gekauften beweglichen Gegenſtandes, ſo kann der Verkäufer nach L.R.S. 1183, 1184 und 1654 auf Auflöſung des Vertrags klagen, oder das Vorzugsrecht des L.R.S. 2102 Nr. 4 in Anſpruch nehmen. Sind die gekauften Mobilien anderweit veräußert, ſo findet eine Klage auf Vertragsauflöſung gegen den dritten Beſitzer nach L.R.S. 2279 nicht ſtatt. Die Vorſchrift dieſes Landrechtſatzes beruht auf einem öffentlichen Intereſſe, der Erleichterung des Verkehrs, und kann, durch Verträge weder modificirt, noch aufgehoben werden. Wenn der Käufer von Immobilien den Kaufpreis nicht entrichtet, ſo kann nach den oben allegirten Landrechtsſätzen ſowohl gegen den Käufer als gegen den dritten Beſitzer auf Auflöſung des Vertrags geklagt werden.

Lauckhard, Rechtsfälle 1. Bd. S. 235 bis 239.

Beiblatt zu den Annalen 1841, Nr. 7 S. 27.

Ueberdies ſteht dem Verkäufer noch ein Vorzugsrecht

Digitized by Google

an der veräußerten unbeweglichen Sache nach L.R.S. 2103 Nr. 1 zu. Hiermit dürfte nachgewieſen ſein, daß das in Frage ſtehende Geding nur als eine ausdrückliche Hinweiſung auf die dem Verkäufer ſchon durch das Geſetz gegebenen Rechte, und demzufolge theils als eine überflüſſige, theils als eine geſetzlich unſtatthafte Vertragsbeſtimmung (das letztere inſofern, als dadurch L.R.S. 2279 abgeändert werden ſoll) zu betrachten iſt.

Scheuermann, Amtsaſſeſſor.

Anmerkung der Redaction.

In obigem Sinne hat ſich auch Brauer Erl. Bd. III. S. 573 über den Eigenthumsvorbehalt ausgeſprochen. Zur Widerlegung dieſer Anſicht beruft ſich nun Dr. Holtzmann für die Statthaftigkeit des Eigenthumsvorbehalts nach heutigem Recht auf L. 6. Cod. de pact. (2, 3) und L.R.S. 6, davon ausgehend, daß die blos dispoſitive Verfügung des L.R.S. 1583 in den Worten „und das Eigenthum des Verkäufers geht kraft Geſetzes auf den Käufer über“ kein Eſſentiale des Vertrags, ſondern nur eine geſetzliche Folge ſei, welche durch den Willen der Contrahenten abgeändert werden könne; hebt jedoch, als rechtliche Wirkung des pact. reserv. dom. lediglich die hervor, daß das Eigenthum des Verkäufers zur Zeit der Gantmäßigkeit ſeines Schuldners oder des Dritten, in deſſen Hände das Kaufobjekt mittlerweile gekommen, ſo weit wieder auflebe, als der Verkäufer noch nicht gänzlich befriedigt ſei. Daraus folge, daß dem Verkäufer das Recht zuſtehe, ſein noch rückſtändiges Kaufgeld aus der Gantmaſſe abſonderungsweiſe zu fordern. —

Der Verfaſſer verwechſelt alſo den Eigenthumsvorbehalt mit dem Verfallgeding (pact. commissorium), wovon im L.R.S. 1656 die Rede iſt.

Sollte ſich indeſſen die heutige Unſtatthaftigkeit des pact. reserv. dom. nicht ſchon aus den L.R.S. 6 b. u. 1658 ergeben, ſo dürfte doch mindeſtens einleuchten, daß der franzöſiſche Geſetzgeber darum nicht auf den Gedanken gerathen konnte, das römiſche Sicherheitsgeding des Eigenthumsvorbehalts zu adoptiren, weil die auflöſende Wirkung, welche Holtzmann jenem Vorbehalte beilegt, im Falle der Nichtzahlung des Kaufſchillings, zufolge L.R.S. 1184 und 1654, auch ohne Geding auf Anrufen des Verkäufers eintritt.

Von praktiſchem Werthe würde mithin der Eigenthumsvorbehalt nur alsdann ſein, wenn dadurch der Käufer verhindert werden könnte, die verkaufte Sache als ſein Eigenthum zu behandeln, ſie zu veräußern, zu verpfänden u. ſ. w.

Dies nimmt aber Holtzmann ſelbſt nicht an, indem er ſonſt unmöglich von dem Dritten, in deſſen Hände das Kaufobject übergegangen und von dem Wiederaufleben des Eigenthums auf Seiten des Verkäufers ſprechen könnte.

Eben ſo wenig hat er behauptet und darzuthun verſucht, daß im Falle der Geltendmachung des vorbehaltenen Eigenthums der Verkäufer (wie z. B. nach L.R.S. 1673 der Wiederkäufer) das Kaufobject frei von allen Laſten und Pfandrechten, womit der Käufer daſſelbe etwa beſchwert hat, zurückzunehmen berechtigt ſei.

Es iſt daher der Eigenthumsvorbehalt nicht minder, wie nach den L.R.S. 2102, Nr. 4, und 2103, Nr. 1, das pact. reserv. hypothecae durch die geſetzliche Fürſorge ganz überflüſſig und bedeutungslos geworden. D. R.

IV.

Was gehört nach gemeinem Rechte zur Begründung der Anſprache ehelicher Kindſchaft?

In dem Jahrgang XII. der Annalen, Nr. 44 S. 325, iſt ein Rechtsfall mitgetheilt, worin das Großherzogliche Hofgericht des Seekreiſes mit dem betreffenden Bezirksamte einer Erbtheilungsklage Statt gegeben hat, obſchon die Klägerin außer Stand war, die eheliche Abſtammung von dem Ehemanne ihrer Mutter durch das Taufbuch zu erweiſen. Dieſe Urtheile hat das Großherzogliche Oberhofgericht abgeändert und die Klägerin abgewieſen. In den Gründen zu dieſer Entſcheidung, welche gleich jener des Hofgerichtes aus dem gemeinen Rechte geſchöpft iſt, werden jedoch in Beantwortung der aufgeworfenen Frage einige Sätze hingeſtellt, welche in der Theorie des gemeinen Rechtes nicht gerechtfertigt ſein dürften. *)

1) Die Klägerin iſt am 14. November 1798 zur Welt gekommen, nachdem ihre Mutter mit Bernhard Z. am 4. Juni 1798 ſich verehelicht hatte; die Klägerin hat

*) Die oberhofgerichtlichen Entſcheidungsgründe, deren Widerlegung hier verſucht wird, ſind in den Annalen von 1845, Nr. 50, I. ihrem ganzen Inhalte nach mitgetheilt. D. R.

Digitized by Google

alſo die Vermuthung der ehelichen Kindſchaft nicht für ſich, weil ſie vor dem 182ten Tage nach Eingehung der Ehe geboren worden iſt.

Wenn aber die Mutter der Klägerin bei der Geburt des Kindes dem Pfarrer entdeckte, daß nicht ihr (zur Zeit der Geburt abweſender) Ehemann Bernhard Z., ſondern ein Dritter, Mathias B., das Kind erzeugt habe, und wenn der Pfarrer dieſe Eröffnung in das Geburtsbuch eintrug, ſo iſt damit die Wahrheit der Angabe der Mutter nicht erwieſen, gegen die Klägerin ſomit der Gegenbeweis nicht geführt, daß ſie unehelich ſei.

l. 29. §. 1 D. de probat. (22, 3) l. 11. §. 9. D. ad leg. Jul. de ad ult. (48, 5.)

Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung. 2te Ausgabe von Haffter V. §. 11.

Eben ſo wenig kann die Behauptung gebilligt werden, daß

2) der Beſitzſtand der ehelichen Kindſchaft gemeinrechtlich den Rechtsſtand nicht zu erſetzen vermöge; vielmehr wird in l. 41. pr. de lib. causa (40, 12) und l. ult. C. de ord. cog. (7, 19) aus der possessio libertatis ausdrücklich eine Vermuthung abgeleitet, welche vom Beweiſe befreit. Und warum ſollte eine Analogie dieſer Geſetzesſtellen nicht Platz greifen?

Thibaut, Syſtem des Pandektenrechts §. 366.

Endlich wird

3) ein anderer Beweis für die eheliche Abſtammung nicht mehr gefordert, wenn ein Mann in einer rechtsgültigen Urkunde ein Kind als ſeine Tochter erklärt hat, ohne beizuſetzen, daß es ein natürliches Kind ſei, Nov. 117. c. 2.

Das Großherzogliche Oberhofgericht hatte demnach, um ſein die Klage abweiſendes Urtheil nach allen Beziehungen zu begründen, auch die Nachweiſung zu liefern, daß und warum es die weitern beiden Klagegründe für unerheblich erachtete, daß nämlich die Klägerin unter Anführung mehrerer Thatſachen den Beſitz der ehelichen Kindſchaft gegen Bernhard Z. behauptete, und daß ſie bei ihrer Verehelichung mit Fidel K. in dem damals errichteten Ehevertrage von Bernhard Z. für deſſen Tochter erklärt worden ſei.

V.

Beitrag zur Lehre über den Gerichtsſtand in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten.

(§. 47 der Proceßordnung.)

In Sachen der Weinhandlung Ott in München gegen die Kölniſche Dampfſchifffahrts-Geſellſchaft, vertreten durch ihren Agenten Velten in Mannheim, Entſchädigungsforderung betreffend, ertheilte das Großherzogl. Stadtamt Mannheim auf die von dem beklagten Theil vorgeſchützte Einrede der Unzuſtändigkeit des Gerichts nach gepflogener Verhandlung unterm 2. September 1844 das Urtheil:

„Die Klage findet hier nicht ſtatt, und die Klägerin iſt in die Koſten des Verfahrens zu verfällen.“

Dieſe Entſcheidung wurde auf folgende Gründe gebaut:

Die Klägerin ſucht die Zuſtändigkeit des dieſſeitigen Gerichts zur Verhandlung und Aburtheilung der vorliegenden Sache durch Berufung auf die §. 49, 47, 19 der Proceßordnung und Anhang-Satz 106 des Landrechts zu begründen. Es iſt jedoch keine dieſer Beſtimmungen hier anwendbar und demnach die von der Beklagten vorgeſchützte Einrede der Unzuſtändigkeit des dieſſeitigen Gerichts für begründet zu erachten.

Der §. 49 der Proceßordnung kann nämlich um deßwillen hier keine Anwendung finden, weil er ſich nur auf Klagen der Inländer bezieht, Klägerin aber eine Ausländerin iſt, der §. 47 der Proceßordnung um deßwillen nicht, weil, wenn man auch annehmen will, daß die Verbindlichkeit im Inlande zu erfüllen iſt, obgleich es ſich nicht mehr um Lieferung, ſondern um Zahlung handelt, (L.R.S. 1247 und 1247 a.,) die Beklagte hier nicht anzutreffen iſt; der §. 19 der Proceßordnung nicht, weil Mannheim nicht im Vertrag als Wohnſitz zum Vollzug deſſelben gewählt worden, und endlich Anhangſatz 106 nicht, weil es ſich nicht um einen Streit über die Beſchaffenheit hier angekommener Güter handelt.

Der Umſtand, daß die Beklagte, deren Hauptniederlaſſung und Wohnſitz, wie Klägerin ſelbſt behauptet, in Köln iſt, hier eine Agentur hat, erſcheint unerheblich. Der Natur der Sache nach repräſentirt die Agentur kei-

Digitized by Google

neswegs die Geſellſchaft bezüglich aller ihrer Angelegenheiten, höchſtens bezüglich derer, welche unmittelbar ihre, der Agentur, Geſchäftsführung betreffen, und daß die Agentur vermöge beſonderer Beſtimmungen — ſtatutenmäßig — die Vertreterin der Geſellſchaft in allen ihren Angelegenheiten iſt, — daß der Umfang der ihr von der Geſellſchaft übertragenen Gewalt auch die Vertretung der Geſellſchaft in allen deren Rechtsſtreiten in ſich begreift, (L.R.S. 1988,) wurde klägeriſcher Seits nicht behauptet.

Die gegen die ſtadtamtliche Entſcheidung von der Klägerin ergriffene Berufung an das Großherzogl. Hofgericht des Unterrheinkreiſes führte kein anderes Reſultat herbei: denn das amtliche Urtheil wurde am 31. März 1845 von gedachtem Gerichtshof beſtätigt, und zwar aus nachſtehenden Gründen:

„Zur Begründung der Competenz der inländiſchen Gerichte, insbeſondere des Stadtamts Mannheim für die Entſcheidung des vorliegenden Rechtsſtreits beruft ſich die klagende Handlung auf die §§. 49, 47 und 19 der Proceßordnung und den Landrechtsanhangſatz 106.“

Was nun

1) die Berufung auf §. 49 der Proceßordnung betrifft, ſo iſt zu erwägen, daß derſelbe nicht ſowohl den Fall des Artikel 14 des Code civil (welcher bei uns durch die Verordnung vom 10. Februar 1815 aufgehoben iſt) im Auge hat, als vielmehr ſich auf den in einigen Ländern beſtandenen ſogenannten Landsassiatus plenus bezieht, und daher zum Schutze der dieſſeitigen Landesangehörigen und als Retorſion gegen die Länder, in denen etwa noch der Landsassiatus plenus beſteht, eingeführt wurde.

Vergleiche v. Weiler Motive Seite 2.

Die klagende Handlung iſt nun aber Ausländerin, alſo liegt überall kein Grund vor, der die dieſſeitigen Gerichte bewegen ſollte, eine Ausnahme von den allgemeinen Beſtimmungen über die Competenz als Retorſion gegen die rheinpreußiſche Geſetzgebung — wenn wirklich der Landsassiatus plenus noch dort beſtehen ſollte — eintreten zu laſſen, und kann daher §. 49 der Proceßordnung hier keine Anwendung finden.

Anlangend

2) die Berufung auf §. 47 der Proceßordnung, ſo iſt zwar, wenn eine Verbindlichkeit im Inlande zu erfüllen iſt, jedes inländiſche Untergericht, in deſſen Bezirk der zu belangende angetroffen wird, zuſtändig, und war auch die Verbindlichkeit in vorliegendem Falle hier zu erfüllen, nämlich das in der Klage bezeichnete Faß Wein einer hieſigen Speditionshandlung zu übergeben; allein es fehlt hier an einer Hauptvorausſetzung, es liegt nämlich der Fall nicht vor, daß der Beklagte hier angetroffen wurde.

Die beklagte Geſellſchaft, deren Hauptniederlaſſung in Köln iſt, wird daſelbſt — was vollkommen gerichtskundig iſt — durch einen dort domicilirenden Verwaltungsrath repräſentirt, und die einzelnen Agenten oder Inſpektoren, welche in den meiſten größeren Orten am Rheine behufs der Expedition aufgeſtellt ſind, können als eigentliche Vertreter der Geſellſchaft höchſtens in ſo weit angeſehen werden, als es ſich um die, ihre ſpecielle Agentur oder Inſpection betreffende Geſchäfte handelt, was aber nicht behauptet wurde. Wenn nun die hieſige Agentur nicht als eigentliche Vertreterin der beklagten Geſellſchaft angeſehen werden kann, ſo findet auch der §. 47 der Proceßordnung in ſo lange keine Anwendung, als nicht entweder die eigentlichen Vorſteher und Repräſentanten der Geſellſchaft hier angetroffen, oder von der Klägerin ſolche Thatſachen behauptet werden, aus denen gefolgert werden kann, daß die Agenturen der beklagten Geſellſchaft auch in Geſchäften außerhalb des Bereichs ihrer Agentur als Vertreter der Geſellſchaft erſcheinen.

Auch

3) der Fall des §. 19 der Proceßordnung findet hier keine Anwendung, da es ſich hier nicht um die Wahl eines ſpeciellen Wohnſitzes — domicile élu — handelt, und auch die Klage gar nicht von demjenigen erhoben wurde, der mit der beklagten Geſellſchaft in ein Vertragsverhältniß getreten iſt.

Daſſelbe iſt

4) der Fall mit der Berufung auf Landrechtsanhangſatz 106, welche Geſetzesſtelle — wie ſchon der Unterrichter in ſeinen Entſcheidungsgründen ausführte — nur den ſpeciellen Fall, wenn es ſich um Unterſuchung der

Digitized by Google

Beſchaffenheit einer Waare bei deren Ankunft handelt, im Auge hat, welche Beſtimmung jedoch hier wegen Verſchiedenheit des Rechtsverhältniſſes von dem, dem Landrechtsanhangſatz 106 zum Grunde liegenden Verhältniſſe eine analoge Anwendung nicht finden kann.

Hiernach hat der Unterrichter, welcher auf die von der Beklagten vorgeſchützte gerichtsablehnende Einrede die Klage als hier nicht ſtattfindend verwarf, die klagende Handlung nicht beſchwert, und wurde aus vorſtehenden Gründen, ſowie nach Anſicht des §. 169 der Proceßordnung wegen der Koſten, wie geſchehen, erkannt.

Die klagende Weinhandlung führte hiernächſt das Rechtsmittel der Oberberufung bei dem Großherzogl. Oberhofgerichte aus, und erwirkte am 15. December 1845 das oberſtrichterliche Urtheil:

daß — unter Aufhebung der Erkenntniſſe der beiden vordern Inſtanzen — das Stadtamt Mannheim zur Verhandlung und Entſcheidung der Sache für zuſtändig zu erklären, und demnach anzuweiſen ſey, nach gepflogener Verhandlung in der Sache ſelbſt rechtliches Erkenntniß zu ertheilen.

Die Koſten dieſer und der zweiten Inſtanz, ſo wie auch die Koſten der erſten Inſtanz, in ſo weit letztere durch die Beſtreitung der Competenz des Stadtamts Mannheim veranlaßt worden, habe der beklagte oberappellatiſche Theil zu tragen.

Entſcheidungsgründe.

In der bei dem Stadtamt Mannheim übergebenen Klage verlangt die klagende Handlung Entſchädigung für ein ihr gehöriges Faß Wein, welches der Beklagten, beziehungsweiſe ihrem Agenten zu Koblenz, durch einen dortigen Spediteur zur Beförderung an die Handlung J. W. Reinhard zu Mannheim übergeben, jedoch an dem Beſtimmungsorte nicht abgeliefert wurde, und ſie erachtet ſich für beſchwert, weil dieſe Klage durch das Erkenntniß des Stadtamts Mannheim vom 2. September 1844 als dort nicht ſtattfindend zurückgewieſen, und dieſes Erkenntniß am 31. März d. J. von dem Großherzogl. Hofgerichte des Unterrheinkreiſes beſtätigt wurde.

Daß die Competenz des Stadtamts Mannheim weder durch den §. 49 der Proceßordnung noch durch den Satz 106 des Handelsrechts begründet werden kann, dies iſt ſchon in den Entſcheidungsgründen zu dem hofgerichtlichen Urtheil nachgewieſen, welche in dieſer Beziehung adoptirt werden.

Eben ſo wenig iſt aber auch der Gerichtsſtand des gewählten Wohnſitzes bei dem Stadtamte Mannheim begründet, indem dieſer Gerichtsſtand nach dem §. 19 der Proceßordnung, verglichen mit L.R.S. 111, nur dann eintritt, und die Gerichtsbarkeit des Richters des gewählten Wohnſitzes für die aus dem Vertrage entſtehenden Streitigkeiten nur dann begründet, wenn die Vertragsperſonen entweder in der Vertragsurkunde oder in einer ſpäteren Rechtsurkunde für dieſen Zweck dieſen beſonderen Wohnſitz ausdrücklich erwählt haben, von dem Kläger aber nicht behauptet iſt, daß eine ſolche Uebereinkunft getroffen worden ſei.

Dagegen iſt die Vorſchrift des §. 47 der Proceßordnung hier anwendbar, nach welcher die Competenz eines inländiſchen Gerichts gegen einen Ausländer ausnahmsweiſe dann begründet iſt, wenn

1) eine Verbindlichkeit Gegenſtand der Klage iſt, welche im Inlande zu erfüllen geweſen wäre, und wenn
2) der ausländiſche Schuldner in dem Bezirke des inländiſchen Gerichtes angetroffen wird,

indem dieſe beiden Vorausſetzungen hier vorhanden ſind, denn

Ad 1. Durch den von der Beklagten durch ihren Agenten zu Koblenz abgeſchloſſenen Frachtvertrag übernahm ſie die Verbindlichkeit, das ihr übergebene Faß Wein an das Handlungshaus J. W. Reinhard dahier abzuliefern.

Die Erfüllung dieſer Verbindlichkeit iſt zwar nicht Gegenſtand der Klage, indeſſen iſt an die Stelle dieſer Verbindlichkeit die Entſchädigungsverbindlichkeit getreten, und für dieſe aus demſelben Vertragsverhältniſſe abgeleitete Nebenverbindlichkeit iſt die Competenz der inländiſchen Gerichte in gleicher Weiſe begründet, wie ſie für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit begründet geweſen wäre.

Nicht minder iſt

Ad 2. Das weitere Erforderniß hier vorhanden, indem die Kölner Dampfſchiffahrts-Geſellſchaft durch die

Digitized by Google

Errichtung einer Agentur zur Beſorgung der dahier vorkommenden Geſchäfte dieſer Geſellſchaft in Bezug auf dieſe Geſchäfte als dahier anweſend angeſehen werden muß.

Aus dieſen Gründen wurde, wie geſchehen, erkannt, und die Beklagte in Gemäßheit des §. 169 der Proceßordnung zur Tragung der Koſten dieſer und der zweiten Inſtanz, ſo wie auch der Koſten erſter Inſtanz, in ſo weit dieſe durch die Beſtreitung der Competenz veranlaßt worden ſind, verurtheilt.

Das Votum des oberhofgerichtlichen Reſpicienten, deſſen Anſicht mit der der beiden vordern Inſtanzen übereinſtimmte, lautete dagegen folgendermaßen:

Nach dem §. 18 der Proceßordnung iſt bei perſönlichen Klagen gegen eine Handelsgeſellſchaft der Gerichtsſtand bei demjenigen Gerichte begründet, in deſſen Bezirk ſie ihre Niederlaſſung hat, und nach dem §. 45 der Proceßordnung ſind die allgemeinen Vorſchriften über den Gerichtsſtand auch bei Klagen gegen Ausländer anwendbar. Hieraus folgt, daß bei perſönlichen Klagen gegen die Kölner Dampfſchifffahrts-Geſellſchaft nur die Competenz der Königl. preußiſchen Gerichte zu Köln begründet iſt, weil dieſe Geſellſchaft notoriſch zu Köln ihre Niederlaſſung hat.

Nach dem §. 47 der Proceßordnung iſt zwar ausnahmsweiſe auch für Klagen von Ausländern oder Inländern gegen Ausländer auf Erfüllung perſönlicher Verbindlichkeiten, welche im Großherzogthum entſtanden oder da zu erfüllen waren, jedes inländiſche Gericht, in deſſen Bezirk der zu Belangende getroffen wird, zuſtändig.

Die Anwendbarkeit dieſer Vorſchrift ſetzt mithin voraus:

1) eine Verbindlichkeit, welche der Ausländer im Inlande entweder eingegangen hat, oder welche im Inlande zu erfüllen geweſen wäre,

2) daß der Ausländer im Inlande betreten wird.

Weder die eine noch die andere Vorausſetzung iſt aber hier vorhanden.

Denn:

ad 1. Durch den von dem Agenten der Kölner Dampfſchifffahrtsgeſellſchaft zu Koblenz eingegangenen Frachtvertrag machte ſie ſich zwar verbindlich, das ihr übergebene Faß Wein an den Adreſſaten, das Handlungshaus Reinhard dahier abzuliefern, und nur dieſe Verbindlichkeit würde im Inlande zu erfüllen geweſen ſein. Es handelt ſich jetzt aber nicht um die Erfüllung dieſer Verbindlichkeit, indem der im Auslande wohnende Kläger nicht die Erfüllung dieſer Verbindlichkeit, ſondern Entſchädigung begehrt, weil die Verbindlichkeit nicht mehr erfüllt werden kann.

Wollte man aber auch behaupten, daß für dieſe Entſchädigungsverbindlichkeit die Competenz der inländiſchen Gerichte in gleicher Weiſe begründet ſei, wie für die Hauptverbindlichkeit, ſo würde es

ad 2. an dem weitern Erforderniſſe fehlen, daß die im Auslande domicilirte Kölner Dampfſchifffahrts-Geſellſchaft dahier betreten wird. Man kann nämlich nicht behaupten, daß dieſe Geſellſchaft, weil ſie dahier einen Agenten angeſtellt hat, dahier angetroffen werde, indem dieſer Agent nur ihr Bevollmächtigter zur Beſorgung der dahier vorkommenden Geſchäfte iſt, keineswegs aber die Geſellſchaft in allen ihren Rechtsangelegenheiten repräſentirt.

So wenig gegen eine ausländiſche Handlung, welche eine im Inlande zu erfüllende Verbindlichkeit übernommen hat, wegen Erfüllung dieſer Verbindlichkeit die Competenz eines inländiſchen Gerichtes dadurch begründet werden könnte, daß ein von dieſer Handlung angeſtellter Geſchäftsreiſender im Bezirke dieſes Gerichts betreten wird, eben ſo wenig kann die Competenz des Stadtamts dahier in dem vorliegenden Falle dadurch begründet werden, weil ſich ein von der Kölner Dampfſchiffahrtsgeſellſchaft angeſtellter Agent dahier aufhält.

Wenn aber hiernach auch der §. 47 der Proceßordnung hier nicht in Anwendung kommen kann, ſo halte ich den oberappellantiſchen Theil durch das hofgerichtliche Erkenntniß nicht für beſchwert, weßhalb ich auf deſſen Beſtätigung antrage.

Dr. Löw.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. № 2. Karlsruhe den 10. Januar 1846.

I.

Iſt zur vollen Beweiskraft des Anerkenntniſſes einer Dienſtbarkeit erforderlich, daß es den urſprünglichen Rechtstitel derſelben enthalte?

Die Artikel 690—695 des Code civil traten in Frankreich vermittelnd ein zwiſchen die Beſtimmungen in den Ländern des geſchriebenen Rechts, wonach die Dienſtbarkeiten ohne Ausnahme durch Verjährung erworben werden konnten, und in den Ländern des Gewohnheitsrechts, wonach dieſer Erwerbtitel bei allen Dienſtbarkeiten entweder ganz ausgeſchloſſen, oder doch nur die unvordenkliche Verjährung zuläſſig war.

Coutumes d'Orléans, art. 225.

Coutumes de Paris, art. 168.

Die bezeichneten Artikel verordneten nun, daß offene, ſelbſtſtändige Dienſtbarkeiten allgemein durch dreißigjährigen Beſitz, die übrigen aber ferner durch keine Art der Verjährung, ſondern nur durch Vergünſtigung zu erwerben ſeien. Durch Art. 691 iſt jedoch den durch vor Einführung des Code civil vollendete Verjährung erworbenen unſtändigen und ſelbſtſtändigen verborgenen Dienſtbarkeiten fortdauernde rechtliche Geltung zugeſichert, und Art. 695 verfügt weiter:

> Bei Dienſtbarkeiten, die nicht durch Verjährung zu erwerben ſind, iſt der Mangel des urſprünglichen Titels durch nichts anderes zu erſetzen, als durch ein Anerkenntniß der Dienſtbarkeit, welches von dem Eigenthümer des belaſteten Grundſtückes herrührt.

Es hat ſich nun ein Streit darüber erhoben, ob zum Beweiſe des Dienſtbarkeitsrechts ein einfaches Anerkenntniß genüge, oder ob darin der urſprüngliche Erwerbtitel angeführt ſein müſſe.

Da der L.R.S. 695 nichts von dieſem Erforderniſſe enthält, und man, um die letztere Meinung zu begründen, anderweite geſetzliche Beſtimmungen auf L.R.S. 695 anwenden muß, wird es zu Aufrechthaltung der hier zu vertheidigenden entgegengeſetzten Anſicht vorerſt genügen, jene Beſtimmungen als hier unanwendbar darzuſtellen, weßwegen ich mich unmittelbar zur Prüfung der gegentheiligen Gründe wende. Ich lege dieſer Ausführung den in den Annalen Band XII. S. 185 ff. enthaltenen Aufſatz zu Grunde, welcher die vollſtändigſte mir bekannte Entwicklung der Anſicht enthält, nach welcher der urſprüngliche Titel nur durch ein dieſen enthaltendes Anerkenntniß erſetzt werden kann.

Der Verfaſſer jenes Aufſatzes (Fr. Joſ. Müller) behauptet nun:

1) wenn man annehme, daß durch ein Anerkenntniß der urſprüngliche Rechtstitel völlig erſetzt werde, ſo müſſe nothwendig das Anerkenntniß ſelbſt ein Erwerbtitel ſein. In den L.R.S. 711 — 717 ſeien aber alle Erwerbtitel des Eigenthums aufgezählt, und das Anerkenntniß, welches unter dieſen nicht erſcheine, könne ebendarum nicht als ſolcher gelten.

Allein, ſelbſt angenommen der L.R.S. 695 erkläre das Anerkenntniß für einen Erwerbtitel der Dienſtbarkeiten, ſo zählen die L.R.S. 711—717 nur die Erwerbarten des Eigenthums auf, und, ſprächen ſie auch vom Erwerb der Rechte im Allgemeinen, ſo reden ſie nicht ſo ausſchließlich, daß nicht an andern Stellen des Landrechts andere Rechtstitel aufgeſtellt werden könnten, wie z. B. der Erwerb des Eigenthums durch ein materiell ungerechtes Urtheil, der Dienſtbarkeiten durch Widmung, dort nicht erwähnt iſt.

2) Wolle man das Anerkenntniß für einen Erwerb-

Digitized by Google

titel gelten laſſen, ſo müſſe es nothwendig unter den Begriff eines Vertrags fallen, und bei ſolchen verlange L.R.S. 1108, 1131 allgemein die Anführung der Vertragsurſache, die, wenn auch L.R.S. 1132 von deren Aufnahme in die Vertragsurkunde diſpenſire, doch jedenfalls in der Klage ausgedrückt werden müſſe.

Was mit dieſem Argument für die gegneriſche Anſicht gewonnen werden ſoll, iſt nicht wohl einzuſehen, indem, auch zugegeben, Anerkenntniſſe ſeien eine Art Verträge, aus L.R.S. 1108, 1131 nur folgen würde, daß die Vertragsurſache des Anerkenntniſſes, nicht aber, daß der urſprüngliche Erwerbtitel der Dienſtbarkeit angeführt werden müſſe.

Es iſt aber auch die von dem Verfaſſer des erwähnten Aufſatzes mit nichts unterſtützte Anſicht unrichtig, daß das Anerkenntniß ein Vertrag ſei. Das Anerkenntniß des L.R.S. 695 iſt doch nur die Erklärung der Herrn eines belaſteten Grundſtücks, daß auf dieſem eine Dienſtbarkeit zu Gunſten eines Andern ruhe, und man kann hierin kein Verſprechen, etwas zu thun, zu geben oder zu unterlaſſen erblicken, L.R.S. 1101, ſondern es enthält vielmehr ein außergerichtliches Geſtändniß.

Zachariä franz. Civilrecht Bd. II. §. 338.

3) Behauptet Müller l. c., die Worte „titre récognitif de la servitude" in Art. 695 bedeuteten: Anerkennung des Titels der Dienſtbarkeit, und die deutſche Ueberſetzung jenes Satzes, welche die bezeichneten Worte mit „Anerkenntniß" wiedergebe, ſei „offenbar unrichtig, jedenfalls unvollſtändig, daher unbeſtimmt und undeutlich", obgleich ſie keines dieſer Prädicate verdient, und gerade daſſelbe ausdrückt, was der Urtext. Hiefür kann man ſich freilich nur auf die franzöſiſche Grammatik und etwa noch auf den Umſtand berufen, daß die franzöſiſchen Schriftſteller, welche der von Müller vertheidigten Anſicht ſind, wie z. B. der von ihm angeführte Rogron, dieſe nicht auf den Wortlaut des Art. 695 zu ſtützen vermögen, ſondern auf Art. 1337 gründen.

4) Der einzige ſcheinbare Grund der Gegner iſt die Berufung auf die Beſtimmungen des L.R.S. 1337, der in ſeinem erſten Abſchnitte ſagt:

Urkunden über ein Anerkenntniß befreien nicht von der Vorlegung der urſprünglichen Rechtsurkunde, wenn deren Inhalt darin nicht eigens angeführt iſt.

Man nimmt an, L.R.S. 1337 ſetze die allgemeinen Bedingungen feſt, unter denen ein Anerkenntniß volle Beweiskraft habe, und das Vorhandenſein dieſer Bedingungen müſſe auch als vom L.R.S. 695 vorausgeſetzt angenommen werden, obgleich ſie dort nicht ſpeciell wiederholt ſeien.

Allein vor der Anwendung der Beſtimmungen des L.R.S. 1337 auf L.R.S. 695 hätte warnen müſſen:

a) daß L.R.S. 1337 von urkundlichen Anerkennungen aus einem Vertragsverhältniß obliegender Pflichten ſpricht, alſo durchaus keine allgemeinen Beſtimmungen enthält, die auf den vom Anerkenntniß einer Dienſtbarkeit handelnden L.R.S. 695 um ſo weniger Anwendung finden können, als ſie

b) ſinguläres Recht ſtatuiren, alſo auch einer analogen Anwendung nicht fähig ſind.

l. 14 D. de legibus (1,3)
l. 141 pr., l. 162 de regulis juris (50, 17)
l. 23 §. 3 de fideic. libert. (40, 5).

Singulär ſind nämlich die Vorſchriften des L.R.S. 1337 deßhalb, weil ſie die Beweiskraft eines Geſtändniſſes für einzelne Fälle von durch die L.R.S. 1355, 1356 nicht gebotenen Beſchränkungen abhängig machen. L.R.S. 695 iſt unter die Regel der letztgenannten Sätze, nicht unter die Ausnahmen des Satzes 1337 zu ſtellen.

c) Bei Ausdehnung der Beſtimmungen des L.R.S. 1337 auf das Anerkenntniß des L.R.S. 695 wurde außer Acht gelaſſen, daß die beiden Landrechtsſätze von ganz verſchiedenen Fällen ſprechen. L.R.S. 1337 handelt nämlich davon, wie der Mangel der urſprünglichen Rechtsurkunde, L.R.S. 695 davon, wie der Mangel des urſprünglichen Rechtstitels erſetzt werden könne, ſo daß, wären auch die Beſtimmungen des erſten Satzes ganz allgemeine und normale, ſie doch auf das auf ganz andern Vorausſetzungen beruhende Anerkenntniß des letztern Satzes keine Anwendung fänden.

d) Allein, ſelbſt zugegeben, L.R.S. 1337 enthalte eine im Allgemeinen auch auf das Anerkenntniß des L.R.S. 695 auszudehnende Regel, ſo würde jedenfalls dieſer eine kaum mit beſſer gewählten Worten auszudrückende Ausnahme ſtatuiren. Nach allgemeinem Sprachgebrauch drückt man nämlich dadurch, daß man ſagt, der Mangel von A könne durch B erſetzt werden, aus, daß A fehlen könne, wenn B vorhanden ſei, nicht aber, daß A neben oder in B noch exiſtiren müſſe, und ſo ſagt L.R.S. 695

Digitized by Google

mit klaren Worten, daß ſogar der urſprüngliche Rechtstitel, geſchweige denn eine ihn enthaltende Urkunde, fehlen könne, wenn man ſich auf ein Anerkenntniß berufe.

Iſt hierdurch die Unrichtigkeit der gegneriſchen Anſicht nachgewieſen, ſo ſcheint mir deren factiſche Durchführung unmöglich, und es iſt eine in der That ſchwierige Aufgabe für die Gegner, ein Anerkenntniß nach ihrer Anſicht zu conſtruiren. Das Anerkenntniß ſoll hauptſächlich (nicht ausſchließlich — Zachariä franz. Civilrecht Bd. II. §. 250, n. 10) ein Erſatz des Erwerbtitels bei denjenigen Dienſtbarkeiten ſein, welche nicht durch Verjährung erworben werden können; für dieſe iſt der einzige Erwerbtitel die Vergünſtigung, L.R.S. 691, 692. L.R.S. 695 ſetzt den Mangel dieſes Rechtstitels voraus, und ſo bliebe den Gegnern keine andere Wahl, als einen ungültigen oder fingirten urſprünglichen Rechtstitel in das Anerkenntniß aufzunehmen.

Die hier bekämpfte Anſicht findet ſich in

Boileux commentaire und

Rogron. code civil ad art. 695,

Dalloz jurisprudence du XIXme siècle tome XXV. p. 237 (éd. Bruxelles 1832).

Die hier vertheidigte in

Sirey t. XXIX, 1, p. 408 und t. XXXVI., 1, p. 247,

Delvincourt cours du code civil, t. III. p. 83.

Pardessus, traité des servitudes, 6me éd. Nr. 269,

Zachariä, franz. Civilrecht, Bd. II. §. 250 n. 9,

Thilo, franz. Civilrecht, Bd. I. S. 414,

Laukhard, Rechtsfälle, Bd. II. S. 58,

Stabel, Vorträge, §. 54 Anmerk.,

Bekk, in den Annalen XI. Jahrgang S. 127.

Während *Boileux*, *Rogron* und *Dalloz* ihre Anſicht mit einfacher Berufung auf L.R.S. 1337, und ohne nur einen Zweifel über deſſen Anwendbarkeit aufzuwerfen, begründen, ſtützen die citirten Urtheile in Sirey und Lauckhard die entgegengeſetzte Anſicht darauf, daß L.R.S. 1337 nur von Verträgen handle, und auf Dienſtbarkeiten nicht anwendbar ſei; eben dieſen Grund führt Zachariä an. *Pardessus* gibt zu, daß nach ſtrenger Auslegung das Anerkenntniß des L.R.S. 695 mit den Erforderniſſen des L.R.S. 1337 verſehen ſein müſſe, nimmt aber, „parceque cette opinion semblerait trainer trop d'inconvéniens", mit Berufung auf L.R.S. 1350, 1352 die hier vertheidigte Anſicht an. *Delvincourt* gibt ebenfalls die Allgemeinheit der Vorſchriften des L.R.S. 1337 zu, ſtellt aber den L.R.S. 695 außerhalb derſelben, weil er lange vor L.R.S. 1337 decretirt worden ſei, der Geſetzgeber daher dieſen Landrechtsſatz bei Decretur des erſtern nicht im Auge gehabt habe. Gegen dieſe Argumentation kann man jedoch füglich einwenden, daß die zu verſchiedenen Zeiten decretirten Theile des Code civil durch ein Geſetz vom 30. Ventose XII. als ein Ganzes publicirt ſind, und ebenſo die neue Umarbeitung des Code civil am 3. September 1807 im Ganzen decretirt wurde, daher bei der Auslegung einzelner Stellen die frühere oder ſpätere Decretur ebenſowenig entſcheiden kann, als die neuern in das corpus juris aufgenommenen Stellen die ältern etwa widerſprechenden aufheben.

Auf die Autorität der zwei letztgenannten Schriftſteller iſt nun auch *Boileux* in der dritten Ausgabe ſeines Commentars, Paris 1843 und 1844, von ſeiner früheren Anſicht abgegangen. Man kann demnach wohl annehmen, daß die richtige Auslegung des L.R.S. 695 ſowohl in der Theorie, als auch, da in Sirey keine neuern den citirten widerſprechenden Urtheile mitgetheilt ſind, in der Praxis die herrſchende iſt.

Müller behauptet nun weiter, wenn man auch zugebe, daß die Exiſtenz einer Dienſtbarkeit durch ein nicht mit den Erforderniſſen des L.R.S. 1337 verſehenes Anerkenntniß erwieſen werden könne, ſo dürfe doch die Beſtimmung des L.R.S. 695 nicht auf Anerkenntniſſe von Gülten und Zinſen ausgedehnt werden, da dieſe keine eigentlichen Dienſtbarkeiten ſeien, L.R.S. 695 eine der engſten Auslegung unterliegende Ausnahme für die durch Verjährung nicht zu erwerbenden Dienſtbarkeiten enthalte, zudem, auf Gülten und Zinſen angewendet, mit L.R.S. 710fb., der die neue Schaffung ſolcher Laſten verbiete, in Widerſpruch gerathe.

Es iſt richtig, daß Zehnten, Gülten und Zinſen keine eigentlichen Dienſtbarkeiten im Sinne des römiſchen Rechtes ſind, servitus enim in faciendo consistere nequit. Allein, wie man ſchon nach gemeinem deutſchem Rechte die Grundſätze der Dienſtbarkeiten analog auf ſie anwendete, hat das Landrecht dadurch, daß es dieſelben als Erbdienſtbarkeiten bezeichnet, für dieſe Servituten keine beſondern Grundſätze über Erwerb und Beweis feſtſtellt, im Gegentheil in L.R.S. 710e,c, 710f,l.

ausdrücklich auf die allgemeinen Beſtimmungen über Grunddienſtbarkeiten zurückweiſt, die fraglichen Laſten für Dienſtbarkeiten erklärt, auf welche alle Grundſätze über das genus Anwendung finden.

Unrichtig iſt, daß die Beſtimmungen des L.R.S. 695 nur auf die dort bezeichneten unſtändigen und verborgenen ſelbſtſtändigen Dienſtbarkeiten ſich beziehen. Die Verfügung dieſes Satzes lautet nicht: „nur bei den durch Verjährung nicht zu erwerbenden Dienſtbarkeiten kann der Mangel des urſprünglichen Titels durch ein Anerkenntniß erſetzt werden", ſondern: „bei dieſen Dienſtbarkeiten kann der Mangel des urſprünglichen Rechtstitels (des Vertrags) nur durch ein Anerkenntniß erſetzt werden, während bei den andern Dienſtbarkeiten noch andere Erwerbarten zuläſſig ſind".

Zachariä, franz. Civilrecht Bd. II., §. 250. n. 10.

Wäre aber auch die beſchränkende Auslegung Müllers richtig, ſo würden doch Gülten und Zinſen, als unſtändige, verborgene Dienſtbarkeiten unter die Verfügung des L.R.S. 695 fallen.

Selbſt beim Mangel einer ausdrücklichen Beſtimmung hierüber müßten Erbdienſtbarkeiten durch einfache Anerkenntniſſe beweislich gemacht werden können, da, wie ſchon oben gezeigt wurde, nicht L.R.S. 695, ſondern L.R.S. 1337 eine ſinguläre Beſtimmung enthält, und dieſe, nicht jene des L.R.S. 695 strictissimae interpretationis iſt.

Was endlich den angeblichen Widerſpruch des L.R.S. 695 mit L.R.S. 710 fb. betrifft, ſo verbietet dieſe Stelle die neue Entſtehung von Gülten und Zinſen durchaus nicht, ſondern erklärt nur, daß ſie in der Form des L.R.S. 530 beſtellt werden müßten. Man kann hieraus nur ableiten, daß, wenn ein Anerkenntniß darüber ſchweigt, wann eine Erbdienſtbarkeit entſtanden ſei, und die Entſtehung vor Einführung des Landrechts nicht erwieſen werden kann, im Zweifel zu Gunſten des Pflichtigen angenommen werden muß, ſie ſei nach Einführung des Landrechts entſtanden, daher den Beſtimmungen des L.R.S. 530 unterworfen. Eher, als für die gegneriſche, ließe ſich für unſere Anſicht ein Argument aus L.R.S. 710 fb. ableiten, indem er ſagt:

„Die alten (Gülten und Zinſen) dauern fort, ſoweit ſie durch gültige Rechtstitel oder verjährten Beſitz gedeckt ſind."

Nach der gegneriſchen Anſicht gäbe es aber nur einen Erwerbtitel der fraglichen Berechtigungen, die Vergünſtigung, und nur von dieſer, nicht von gültigen Rechtstiteln in der Mehrzahl könnte L.R.S. 710 fb. ſprechen.

Daß Gülten und Zinſen den Beſtimmungen des L.R.S. 695 unterliegen, ſagt mit dürren Worten Brauer in ſeinen Erläuterungen, Bd. I. S. 554.

Ich habe bisher die Frage unentſchieden gelaſſen, ob das Anerkenntniß ein Erwerbtitel oder nur ein Beweismittel ſei. Als Geſtändniß iſt es freilich ein Beweismittel, dem aber dadurch, daß L.R.S. 695 erklärt, es ſolle den Mangel eines urſprünglichen Rechtstitels erſetzen, practiſch alle Eigenſchaften und Wirkungen eines Erwerbtitels beigelegt ſind, wie es denn auch in dem eben citirten L.R.S. 710 fb. als Rechtstitel bezeichnet iſt, und ſo wird z. B. der Richter eine lediglich auf ein Anerkenntniß geſtützte Confeſſorienklage zulaſſen müſſen.

Es muß zugegeben werden, daß nach der hier geltend gemachten Anſicht Anerkenntniſſe fingirt und zu Schaffung neuer Dienſtbarkeiten benützt werden können, während ihre eigentliche Beſtimmung iſt, beſtehende überhaupt oder leichter beweislich zu machen; allein hiervor ſchützt auch die gegneriſche Theorie nicht, indem die Anführung eines urſprünglichen Rechtstitels deſſen Exiſtenz nicht verbürgt.

Hiernach wäre das letzte Argument der Gegner beſeitigt, und die oben geſtellte Frage mit nein zu beantworten.

v. Freydorf. *)

*) Hofgerichtspractikant in Mannheim.

Anzeige.

In der Verlags-Buchhandlung von Ch. Th. Groos in Karlsruhe iſt jetzt vollſtändig erſchienen und durch alle Buchhandlungen zu erhalten:

Strafgeſetzgebung, die, des Großherzogthums Baden, nebſt dem Geſetze über die Gerichtsverfaſſung; mit den Motiven der Regierung und den Reſultaten der Ständeverhandlungen im Zuſammenhange dargeſtellt von Wilhelm Thilo, Großherzogl. Bad. Hofgerichtsdirector. Zwei Abtheilungen, gr. 8. gebunden. Jetziger Ladenpreis 8 fl. 6 kr. = 4 Thlr. 25 Ngr.

Die Abtheilungen werden auch einzeln zu folgenden Preiſen abgegeben:

1ſte Abtheilung: Das Strafgeſetzbuch. 4 fl. 30 kr., 2 Thlr. 20 Ngr.

2te Abtheilung: Die Strafproceßordnung nebſt den Geſetzen über die privatrechtlichen Folgen von Verbrechen, die Gerichtsverfaſſung, den Strafvollzug im neuen Männerzuchthauſe zu Bruchſal. 3 fl. 36 kr., 2 Thlr. 5 Ngr.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 3. Karlsruhe den 17. Januar 1846.

I.

1) Ein Rechtsfall über die Anwendung des Dieneredikts auf übernommene Staatsdiener.

2) Kurzer Nachtrag zum rechtlichen Bedenken in Nr. 15 der Annalen v. J. 1844.

Als durch Kaufsvertrag vom 13. Juni 1812 die fürſtlich ſchwarzenbergiſche Landgrafſchaft Kleggau an das Großherzogthum Baden zu Eigenthum überging, wurde im Artikel 7 der Urkunde in Beziehung auf die Uebernahme der Diener wörtlich beſtimmt:

„Die ſämmtlich Kleggau'ſche Dienerſchaft vom erſten bis zum letzten mit alleiniger Ausnahme des geheimen Raths von W. C. wird vom großherzoglich badiſchen Hofe übernommen, und ſoll jedem derſelben ſein bisheriger Gehalt ſammt Emolumenten, in ſo fern er ſich deſſelben nicht durch Vergehen unwürdig macht, auf Lebenszeit verabreicht werden."

Auf dieſe Weiſe ging unter Andern auch der damalige fürſtlich ſchwarzenbergiſche Amtſchreiber N.N von Th. mit einem Gehalte von jährlichen 500 fl. in den badiſchen Staatsdienſt über, in welchem er zuerſt als Amtsaſſeſſor angeſtellt, dann ſpäter zum Amtmann befördert und ſein Gehalt durch mehrmälige Zulagen auf 1600 fl. allmählig erhöht worden iſt.

Im Jahr 1843 erfolgte ſeine Ruheſetzung, und mit dieſer ſeine Penſionirung, bei welcher an ſeiner Beſoldung nicht nur der ſogenannte Functionsgehalt von 120 fl., ſondern auch für fehlende acht Dienſtjahre 118 fl. 24 kr. in Abzug gebracht, daher ſein Ruhegehalt auf jährliche 1361 fl. 36 kr. berechnet und feſtgeſetzt worden iſt. Der Penſionär ſuchte zwar die Zeit vom 7. Mai 1803 bis 31. Dezember 1810, während welcher er fürſtlich ſchwarzenbergiſcher Obervogteiamts-Actuar war, als Dienſtjahre geltend zu machen, es wurde aber vom großherzoglichen Finanzminiſterium dagegen bemerkt, daß ſeine Dienſtzeit als Actuar in Thiengen und Jeſtetten nicht habe berückſichtigt werden können, weil ſeine Penſion nicht nach der ſchwarzenbergiſchen, ſondern nach ſeiner zuletzt bezogenen viel höhern Beſoldung regulirt worden ſei, und das Diener-Edikt vom Jahr 1819, welches dabei habe in Anwendung gebracht werden müſſen, den Actuarien der Localſtellen keine Staatsdiener-Eigenſchaft beilege.

Eine Recursbeſchwerde deſſelben Amtmanns an das großherzogliche Staatsminiſterium wurde verworfen, demſelben aber bedeutet, daß, wenn er ſich bei der Regulirung ſeiner Penſion nicht beruhigen zu können glaube, er mit dem Austrag ſeiner Beſchwerde an die Gerichte verwieſen werde.

Derſelbe ſtellte nun eine förmliche Klage gegen den großherzoglichen Civilfiscus bei dem hieſigen Gerichtshofe an und trug zur Begründung derſelben vor:

Er habe ſeine Anſtellung als ſchwarzenbergiſcher Obervogteiamts-Actuar durch Patent des Fürſten Selbſt und hierdurch die Eigenſchaft eines wirklichen Staatsdieners erlangt, ſo wie auch dieſe eines Mitglieds der ſchwarzenbergiſchen Penſions- und Wittwenkaſſe, daher ſey er von dieſer Zeit an — dem 7. Mai 1803 — penſionsfähig geworden, und nicht mit einem badiſchen Amtsactuar, der nur vom Amt angeſtellt und entlaſſen werde, auf gleiche niedere Stufe zu ſtellen.

Da nun das großherzogliche Finanzminiſterium ſeine (des Klägers) Dienſtzeit als Obervogteiamts-Actuar nicht berückſichtigt, ſo habe es gegen den Inhalt der §§. 4 und 19 des badiſchen Dieneredikts vom Jahr 1819 verſtoßen und zugleich ſeine durch den obenerwähnten

Digitized by Google

Staats-(Kauf-)Vertrag erlangten Rechte bei Seite geſetzt. Das Begehren der Klage wurde alſo dahin geſtellt:

„Es ſei der Ausmeſſung des Ruhegehalts des Klägers nicht nur ſeine Anſtellung als Amtsreviſor vom 31. Dez. 1810, ſondern auch ſeine Anſtellung als ſchwarzenbergiſcher Obervogteiamts-Actuar von 1803 an als erſte Anſtellung im wirklichen Staatsdienſte zu Grunde zu legen, daher der großherzogliche Fiscus ſchuldig, dem Kläger zu dem bereits ausgeworfenen Ruhegehalt von 1361 fl. 36 kr. noch weitere 103 fl. 36 kr., ſomit im Ganzen 1465 fl. 12 kr. vom Tage ſeiner Dienſtübergabe bis zu ſeinem Tode oder anderweiter Anſtellung jährlich auszubezahlen, auch den ſeit ſeiner Penſionirung bis daher zu wenig bezogenen Betrag ſammt Zinſen vom Tage der Klagzuſtellung an zu vergüten, und die Prozeßkoſten allein zu tragen.“

In der Vernehmlaſſung des Beklagten wurden die Thatſachen des Klagvortrags zugeſtanden, die Klage ſelbſt aber mit ihrem Begehren als ungegründet dargeſtellt, indem einmal der citirte §. 19 des Dieneredikts auf den Kläger keine Anwendung finde, weil derſelbe weder in Folge des Reichs-Deputations-Hauptſchluſſes, noch in Folge eines beſondern Staatsvertrags, ſondern nur in Folge eines zwiſchen der großherzoglichen Regierung von Baden und dem Standesherrn Fürſten von Schwarzenberg abgeſchloſſenen Kaufvertrags über die ſtandesherrlichen Beſitzungen im Umfange des Großherzogthums, insbeſondere in Gemäßheit der im §. 7 deſſelben Vertrags enthaltenen Beſtimmung in badiſche Staatsdienſte übernommen worden ſei, wornach der Kläger mehr nicht verlangen könne, als daß ſeine Penſion durch die Anwendung des geſetzlichen Abzugstarifs nicht unter den Betrag ſeines im Jahr 1812 als Amtſchreiber bezogenen Gehalts falle, keineswegs aber aus jenem Kaufbriefe auch noch den weitern Anſpruch ableiten, daß bei Berechnung ſeiner Dienſtjahre die vor ſeinem Uebertritt in großherzogliche Dienſte dem Fürſten von Schwarzenberg geleiſteten mitberückſichtigt werden; wenn nun dem Kläger nichts deſto weniger die erſte im ſchwarzenbergiſchen Dienſte erlangte Anſtellung, welche im Sinne des Staatsdieneredikts von 1819 einen Peſionsanſpruch begründe, angerechnet und ihm ſeine Dienſtjahre ſchon vom 31. Dez. 1812 an berechnet wurden, ſo habe er mehr erlangt, als was er nach ſtrengem Rechte in Anſpruch nehmen konnte; zum andern, wenn man auch die Anwendbarkeit des §. 19 des Dieneredikts auf den Kläger zugebe, wie denn auch wirklich die Anwendung bei ſeiner Penſionsbeſtimmung geſchehen ſei, die Berechnung ſeiner Dienſtjahre nach §. 4 des Ediktes, verglichen mit §. 1 deſſelben, ſich nicht auf ſeine Anſtellung als Actuar bei dem ſchwarzenbergiſchen Obervogteiamt habe erſtrecken dürfen, weil die Amtsactuarien im Badiſchen nicht penſionsfähig ſeien. Es ward demnach das Petitum geſtellt: den Kläger unter Verfällung in die Koſten abzuweiſen.

Auf weitere Verhandlung hat der Gerichtshof nach dem Klagbegehren erkannt. Da ich anderer Meinung bin, und die Sache wegen des Grundſatzes, ſo wie wegen künftiger ähnlicher Fälle wichtig iſt, ſo finde ich mich zu einer möglichſt kurzen Darlegung und Veröffentlichung in dem dazu geeigneten literariſchen Blatte veranlaßt.

Die angeſtellte Klage wird ſowohl auf den erwähnten Kaufsvertrag vom Jahr 1812! zwiſchen Baden und Schwarzenberg, als auch auf unſer Staatsdieneredikt vom Jahr 1819 gegründet.

Bei dem fraglichen Vertrag wird es auf den Streit der Parteien darüber: ob ſolcher als ein Staatsvertrag oder nur als ein privatrechtlicher Kaufvertrag anzuſehen ſei, gar nicht ankommen, da auf jeden Fall in der Vertragsurkunde der §. 7, auf welchen Kläger ſich ausdrücklich beruft, die ziel- und maßgebende Beſtimmung über den Rechtsanſpruch des Klägers in ſeiner Eigenſchaft als übernommener Diener enthält. Nach dieſer wörtlichen Beſtimmung iſt den an die badiſche Regierung übergegangenen kleggauiſchen Dienern „der ungeſchmälerte Fortbezug ihres zur Zeit der Uebernahme genoſſenen Gehalts ſammt Emolumenten“ zugeſichert worden.

Der Kläger war zur Zeit der Uebernahme im Beſitz einer Beſoldung als Amtſchreiber von jährlichen 500 fl., ſein jetziger Ruhegehalt beträgt aber mehr als das Doppelte, nämlich die Summe von 1361 fl. 36 kr. Daß mit ſeinem Dienſte als ſchwarzenbergiſcher Amtſchreiber noch Emolumente verbunden waren, hat Kläger nicht behauptet, noch weniger, daß ſolche ſo beträchtlich geweſen wären, um den Ruhegehalt zu überſteigen. Hiernach hat die badiſche Regierung dem Kläger noch mehr geleiſtet, als er nach der Garantie im Staats-(Kauf-)Vertrage zu fordern

Digitized by Google

hatte. Darum wird auch in den Gründen zum Urtheil des Gerichtshofs ausdrücklich anerkannt, daß die großherzogliche Regierung ihre Vertrags-Verbindlichkeit gegen den Kläger vollkommen erfüllt habe. Dagegen hat der Gerichtshof mit dem Kläger durch vermeintliche Verletzung der §§. 4 und 19 des Dieneredikts vom Jahr 1819 die Klage für begründet erachtet. Es beruht dieſe irrige Anſicht auf einer einſeitigen Auffaſſung *) der eben genannten Paragraphen des Geſetzes. Sie enthalten die Vorſchriften, daß die Dienſtjahre **) nach dem Anfangstermin, der in dem Anſtellungspatent ausgedrückt iſt, oder nach dem Datum des Patents oder Decrets gerechnet werden ſollen, und daß die durch Staatsverträge übernommenen fremden Diener den badiſchen gleich nach dem Edikt (vorbehaltlich der Garantie ihres zur Zeit der Uebernahme beſeſſenen Gehalts) zu behandeln ſind. Bei der Anwendung dieſes Geſetzes auf den Kläger darf nicht überſehen werden, daß, da er aus dem fraglichen Kaufvertrage keine beſondern Vorzüge und Begünſtigungen, namentlich keine Garantie ſeines Dienſtalters (ancienneté) als ehemalig ſchwarzenbergiſcher Diener nachweiſen kann, derſelbe bei ſeiner Penſionirung keinen weitern rechtlichen Anſpruch, als auf gleiche Behandlung mit andern badiſchen Staatsdienern hat. Erwägt man nun, daß nach der badiſchen Staatseinrichtung die Amtsactuarien nicht in die Kathegorie von Staatsdienern gehören, und daß dergleichen Dienſtjahre niemals bei der Penſionirung von nachmaligen Staatsdienern in Berechnung gebracht werden: erwägt man insbeſondere, daß die klägeriſcher Seits angerufenen §§. 4 und 19 des Edikts mit den vorangehenden §§. 1 und 3 zuſammen zu halten und zu vergleichen ſind, worin der Umfang der Staatsdienſte, auf welche das Edikt ſich erſtreckt, bezeichnet und namentlich die Kanzliſten der Mittelſtellen als die letzten und unterſten in der Stufenleiter jener Diener aufgeführt ſind, welche nach fünfjährigen Dienſtleiſtungen unwiderruflich erklärt werden, und dadurch einen rechtlichen Anſpruch auf Ruhegehalt erlangen; daß demnach Amtsactuarien unter der Fürſehung dieſes Geſetzes nicht begriffen ſind; erwägt man ferner, daß die klägeriſche Behauptung ſeiner Staatsdiener-Eigenſchaft als fürſtlich ſchwarzenbergiſcher Obervogteiamtsactuar hier ganz unerheblich iſt, weil eines Theils — wie obgedacht — der Staatsvertrag ihm für eine ſolche frühere Eigenſchaft keinen beſondern Vortheil oder Vorzug vorbehalten, ſondern ihm lediglich nur ſeinen damalig beſeſſenen Gehalt zugeſichert hat; zum andern, weil nach dem Edikt nur jene Dienſte in Betracht kommen, welche nach der badiſchen Staatseinrichtung als Staatsdienſte anzuſehen ſind; erwägt man endlich, daß das Begehren des Klägers gegen die bekannte Rechtsregel verſtößt, wornach ein Vertrag oder Geſetz in ſeinem ganzen Umfange auf den dahin gehörigen Fall anzuwenden iſt, und es nicht angeht, daß jene Beſtimmungen, welche ſeinen Vortheil bezwecken, allein für ihn in Anſpruch genommen, dagegen andere, welche zu ſeinem Nachtheil lauten, oder ſeinen Rechtsanſpruch beſchränken, unbeachtet gelaſſen werden; daß es demnach Unrecht wäre, dem Kläger die Theilnahme an der Wohlthat des Dieneredikts einzuräumen, ohne die bei andern Staatsdienern unter gleichen Verhältniſſen ſtattfindende Beſchränkung eintreten zu laſſen; ſo kann die angeſtellte Klage nur für ungegründet und verwerflich erkannt werden.

Der andere Abzug für ſogenannten Functionsgehalt macht, wie oben erſichtlich, keinen Gegenſtand der Klage aus, alſo auch nicht der richterlichen Beurtheilung; gleichwohl nehme ich aus vorliegendem Falle Anlaß, zu meinem rechtlichen Bedenken in den Annalen vom 13. April 1844 einen kurzen Nachtrag folgen zu laſſen.

Der dem vorigen Landtage vorgelegte Geſetzentwurf iſt nun zwar in beiden Kammern berathen und angenom-

*) Um dieſen Vorwurf zu rechtfertigen, wäre es wohl geeignet geweſen, die hofgerichtlichen Entſcheidungsgründe ihrem wörtlichen Inhalte nach beizufügen und ſo den Leſer in den Stand zu ſetzen, durch die Würdigung der Gründe für und wider ſelbſt das Richtige herauszufinden. D. R.

**) Im Dieneredikt (§. 6) werden vierzig vollendete Dienſtjahre für dasjenige Alter erklärt, in welchem dem Penſionär die ganze Beſoldung als Ruhegehalt belaſſen werden muß. Für die Jahre, welche an dieſem Dienſtalter fehlen, findet ein Abzug nach Procenten ſtatt.

Erſt auf dem Landtage von 1831 wurde dem Finanzgeſetz die Beſtimmung beigefügt, daß zur Erleichterung der Penſionskaſſe von dem 1. Januar 1832 an von den neuen Beſoldungen und Zulagen ein Fünftel als ſogenannter Functionsgehalt in Abzug gebracht werden ſoll. Auf dem letzten Landtage iſt zu gleichem Zwecke ein beſonderer Entwurf zu einem proviſoriſchen Geſetz bis zum Jahr 1848 beiden Kammern von der Regierung vorgelegt und als Geſetz angenommen und promulgirt worden. Ob auf rechtsgültige Weiſe? wird unten einer kurzen Beleuchtung unterworfen werden. D. E.

Digitized by Google

men worden, aber in der erſten Kammer nicht auf eine förmliche und rechtsverbindliche Weiſe, was hier in der Kürze gezeigt werden ſoll.

Der §. 24 der Verfaſſungsurkunde ſpricht den wichtigen Satz aus:

„Die Rechtsverhältniſſe der Staatsdiener ſind in der Art, wie ſie das Geſetz vom heutigen feſtgeſtellt hat, durch die Verfaſſung garantirt.“

Durch dieſe in der Verfaſſungsurkunde ausgeſprochene Garantie der im Edikt beſtimmten Rechtsverhältniſſe der Staatsdiener ſind ſolche als ein Theil der Verfaſſung ſelbſt anzuſehen, woraus folgt, daß eine Erläuterung oder Abänderung derſelben nur auf die Art und Weiſe, wie bei Verfaſſungsartikeln ſelbſt, zuläßig iſt, nämlich nach Verordnung des §. 64 der Verfaſſungsurkunde in folgender Weiſe:

„Kein Geſetz, das die Verfaſſungsurkunde ergänzt, erläutert oder abändert, darf ohne Zuſtimmung einer Mehrheit von zwei Dritteln der anweſenden Ständeglieder einer jeden der beiden Kammern gegeben werden.“

Da nun ausweislich des Sitzungsprotokolls der erſten Kammer vom 30. Mai 1844 von anweſenden zehn Mitgliedern mehr nicht als **ſechs** für das Geſetz, **vier** andere aber gegen ſolches geſtimmt haben, daher eine Mehrheit von zwei Dritteln der anweſenden Ständeglieder nicht ſtattgefunden hat, ſo wird der Schluß ganz folgerichtig ſein, daß dieſes Geſetz auf eine verfaſſungsmäßige, daher rechtsverbindliche Weiſe nicht zu Stande gekommen iſt. Durch die erfolgte landesherrliche Sanction und Publikation des Geſetzes, welche nur in der Unterſtellung deſſen formaler Gültigkeit geſchehen, iſt obiger Mangel nicht geheilt, und der bisherige Vollzug gegen den einen oder andern Penſionär kann demjenigen Staatsdiener nicht zum Präjudiz gereichen, der bei ſeiner Ruheſetzung ſich den Abzug eines Functionsgehalts nicht gefallen läßt, ſondern nöthigen Falls Klage gegen den großherzoglichen Fiscus anſtellt und rechtliches Erkenntniß verlangt.

Es iſt in meinem Bedenken nicht überſehen worden (wie die Redaction bemerkte), oder mir nicht entgangen, daß das Geſetz von 1831, ſo wie jedes nachgefolgte, nur den Fünftel derjenigen Beſoldungen oder Zulagen, welche erſt nach ſeinem erſtmaligen Erſcheinen bewilligt wurden, als Functionsgehalt erklärt. Es dürfte aber nach meiner im Bedenken enthaltenen Rechtsausführung bei einem Staatsdiener, der beim Erſcheinen des Geſetzes ſchon unwiderruflich angeſtellt war, nicht darauf ankommen, ob eine Zulage ihm vor oder nach dem Geſetz verliehen worden iſt. Der Staatsdiener hat ein erworbenes Recht, bei ſeiner Penſionirung nach dem Dieneredikt behandelt zu werden. Es muß als Regel angenommen werden, daß er keine größere Zulagen erhält, als er im Verhaltniß zu ſeinem Dienſtalter und Leiſtungen anzuſprechen hat, und welche den ſogenannten Beſoldungsetat nicht überſchreiten. Es darf alſo an die Zulage keine Bedingung oder Beſchränkung geknüpft werden, welche der in dem Dieneredikt beſtimmten Norm in Beziehung auf die Penſiosregulirung widerſpricht.

Donsbach.

II.

Beiträge zur Kenntniß des Zuſtands unſeres Gerichtsbotenweſens!

(Ceterum censeo etc.)

Zum öftern ſchon iſt der beklagenswerthe Zuſtand des in die Sicherheit der Rechtspflege ſo tief eingreifenden Inſtituts der Gerichtsboten auch in dieſen Blättern beſprochen worden*) und in ſtets wiederkehrenden Fällen lehrt die Erfahrung noch immer, daß auch die ſtrengſte Aufſicht der Gerichte dieſem Uebel nachhaltig zu ſteuern nicht vermag. Dies erklärt ſich aber aus der Natur der Sache! Das Amt der Gerichtsboten iſt nach der jetzigen Einrichtung ein ſchlecht bezahlter mühevoller Nebendienſt, zu welchem in den Amtsſitzen die Amtsdiener und nach Juſt. M. Erl. vom 21. Juni 1833, Nr. 2892 außerhalb der Amtsſitze in der Regel nur die Amtsboten verwendet werden, welche die Zuſtellungen gerichtlicher Fertigungen gelegenheitlich ihrer Botengänge ohne Anrechnung einer Meilengebühr beſorgen ſollen.

Ohne von der Wichtigkeit ihres Berufs auch nur einen Begriff zu haben, oft kaum zur Genüge des Leſens und Schreibens fähig, unbekümmert um die zu ihrer

*) Conf. Annalen 1842 Nr. 22. p. 153—158. 1843 Nr. 48. I. p. 355. 1844 Nr. 27. III. p. 204. 1845 Nr. 21. IV. p. 159. Nr. 24. III. p. 190. 191.

Digitized by Google

Inſtruktion dienenden geſetzlichen Vorſchriften oder ſelbſt ohne das Vermögen, dieſe, bei all ihrer Klarheit und Einfachheit auch nur zu begreifen und deren Zweck und Bedeutung einzuſehen, beſorgen die meiſten Gerichtsboten dieſe Nebendienſte eben auch als ſolche, ſind läſſig und unſorgſam in der Zuſtellung, in der Beurkundung und in Führung ihres Buches. Selbſt die Amtsdiener, welchen nur ihre Mußeſtunden zur Beſorgung der Zuſtellung gerichtlicher Fertigungen erübrigen, bewahrheiten häufig durch die oberflächliche und unzuverläſſige Art der Beſorgung dieſes Nebendienſtes die Richtigkeit des Spruchs: „Niemand kann zwei Herren dienen!“

Jedem, der als Richter oder bei Gericht ſchon thätig war, wird wohl bekannt ſein, wie oft Fälle vorkommen, in denen das gute Recht an der Formloſigkeit der Beurkundungen von Gerichtsboten ſcheitert, oder wenigſtens Koſten und Zeit raubender Chicane Thür und Angel durch derartige Mängel geöffnet wird.

Bei der Ueberhäufung der Beamten, welchen die Rechtspflege in unterſter Inſtanz bisher übertragen war, mit Geſchäften mannichfachſter Art, war es denſelben unmöglich, jede einzelne Beurkundung zu prüfen; wie viele unterzogen und unterziehen ſich aber dieſer Mühe überhaupt nicht!

Bei den Obergerichten iſt dieſe Ueberwachung der Gerichtsboten durch Prüfung jeder einzelnen Zuſtellungsbeurkundung zwar ſchon leichter thunlich, allein in der Regel ſind die Behändigungen der in erſter Inſtanz erlaſſenen richterlichen Verfügungen die folgereichſten, überdies wird durch dieſe häufig nöthig werdende Berichtigung von Inſinuationsſcheinen viel Zeit und Mühe vergeudet, welche für Beſſeres geſpart werden könnten, wenn es mit den Gerichtsboten ſo beſtellt wäre, wie im Intereſſe einer guten Rechtspflege unſere Zeit es fordert.

Wenn man auch nicht überſieht, daß die Einrichtung der Gerichtsboten-Anſtalt, wie ſie jetzt beſteht, aus dem Beſtreben hervorgegangen iſt, übermäßige Belaſtung der Rechtsſuchenden zu beſeitigen, ſo treten doch deren Mängel zu ſchreiend hervor, als daß man wegen des Zweckes der Wohlfeilheit, das hierzu gewählte Mittel billigen könnte. Man höre nur die Gläubiger, welche nach mehr oder weniger mühevollem, koſtſpieligem, zeitraubendem und verdrießlichem Kampfe den Sieg Rechtens errungen zu haben wähnten, allein plötzlich durch einen böswilligen Gegner, welchem der Mangel einer Zuſtellungsbeſcheinigung hierzu erwünſchte Gelegenheit bietet, in den erneuerten Kampf zurückgeriſſen und genöthigt werden, den Stein des Siſiphus von neuem bergan zu wälzen!

Einem ſolchen Betheiligten wird und muß es wunderlich vorkommen, daß die Gerichtsbehörde einen Mann zur Beſorgung der Zuſtellungen aufſtellte, und für ſein Geſchäft von den Partheien bezahlen läßt, welcher dieſem Geſchäfte ſo wenig gewachſen iſt, daß er nicht einmal eine einfache Zuſtellungsbeſcheinigung richtig auszuſtellen vermag, welcher alſo in der That ein Privilegium beſitzt, zum Nachtheil der Rechtſuchenden, die ihn bezahlen müſſen, thätig zu ſein! Wollte man nun dem Staunen dieſes Betheiligten mit der Bemerkung entgegentreten: „den Amtsboten hat man das Geſchäft des Gerichtsboten als Nebendienſt übertragen, damit die Koſten der Zuſtellungen ſich nicht zu hoch belaufen: denn, wenn man ſolche Männer ausſchließlich als Gerichtsboten beſtellen wollte, deren Tauglichkeit zu dieſem Geſchäfte außer allem Zweifel wäre, ſo könnten ſich dieſe nicht mit der Gebühr von 4 kr. begnügen!“ ſo würde derſelbe wohl erwiedern: „für den untauglichen Gerichtsboten, von deſſen Dienſtführung ich jederzeit Beſchädigung zu befürchten habe, iſt auch die Gebühr von nur 4 kr. zu viel, dem Tauglichen aber zahle ich ſchon der größeren Sicherheit wegen gerne den ihm gebührenden größeren Lohn, zumal mir deſſen Erſatz — wenn ich die Rechtmäßigkeit meiner Sache nachzuweiſen vermag — nicht entgehen wird! Zur Fortführung des in dieſen Blättern bereits gelieferten Beweiſes, daß dieſer Mißſtand wirklich beſteht und deſſen Schilderung weder aus der Luft gegriffen noch übertrieben iſt, will ich meinerſeits auch einige, aus der größeren Zahl der mir vorgekommenen Fälle entnommene Beiſpiele vorführen.

1) In einem Proceſſe, den die Dampfbierbrauereigeſellſchaft Friedrich Rudff und Comp. (vertreten durch den im Ausland abweſenden Friedr. Rudff) gegen einen gewiſſen Huberwald führte, beurkundete der Gerichtsbote, das Duplikat der Appellations-Beſchwerdeſchrift der Dampfbierbrauerei*) Rauff und Comp. richtig zugeſtellt zu haben.

---

*) efr. Annal. 1842 Nr. 39 II. pag. 305, 306.

2) In Sachen der M. Aberheimer Söhne in Heidelberg gegen Maurermeiſter Abel daſelbſt erging unterm 11. Februar 1843 ein Verſäumungserkenntniß gegen die Kläger.

Der Gerichtsbote beſcheinigte, er habe daſſelbe am 17. Februar 1843 an M. Abenheimer Söhne (?) richtig zugeſtellt *).

3) In einem Proceſſe gegen Bierbrauer K. N. ſollte dieſem ein hofgerichtlicher Beſchluß zugeſtellt werden; in dem einkommenden Scheine hatte aber der Gerichtsbote getreu beurkundet, „er habe dieſen Beſchluß dem — (unterdeſſen) verſtorbenen Bierbrauer K. N. Namens ſeiner Ehefrau Maria M. zugeſtellt.

4) In einem Rechtsſtreite gegen Paul Zieglers Wittwe, beurkundete der Gerichtsbote, er habe das Urtheil dem Paul Ziegler zugeſtellt.

5) Gegen einen gewiſſen Altvogt Möll war Klage erhoben worden. Der abgewieſene Kläger appellirte gegen das unterrichterliche Erkenntniß und es wurde die Mittheilung des Duplikats der Beſchwerdeſchrift an den als Appellat bezeichneten Möll verfügt. Nachdem der Schein des Gerichtsboten eingekommen war, worin dieſer beurkundete, daß er jenes Duplikat mit der hofgerichtlichen Verfügung dem Altvogt Möll am 4. October 1842 richtig zugeſtellt habe, legte der appellatiſche Anwalt eine von deſſen Erben am 15. deſſelben Monats ausgeſtellte Vollmacht vor. Dies veranlaßte das Gericht, den Gerichtsboten vernehmen zu laſſen, welcher dann auch zugab, Altvogt Möll ſei am 4. Oktober allerdings ſchon todt geweſen, allein deſſen Sohn habe geſagt, er ſolle nur ihm die Appellationsbeſchwerdeſchrift zuſtellen und ſo habe er es auch gethan. — Auf die Frage, warum er dies in der Beurkundung nicht bemerkt? erklärte derſelbe, er habe nicht gewußt, wie er dieſe Sache zu beſorgen habe.

6) In Sachen des Johann Adam Merkel des jüngſten gegen Adam Merkel jung von Reichardshauſen appellirte Kläger.

Am 14 Oktober 1842 wurde Ladung des Appellaten zur mündlichen Verhandlung verfügt und dem Unterrichter zugleich aufgegeben, nachträglich beide Theile über den Werth des Streitgegenſtands zu vernehmen. Dieſer legte jedoch eine berichtliche Anzeige des Bürgermeiſters von Reichartshauſen vor, daß Beklagter Appellat bereits am 22. September 1842 geſtorben ſei. Unterdeſſen kam aber auch der Inſinuationsſchein des Gerichtsboten ein, welcher fideliter beurkundete, er habe jene Verfügung vom 14ten Oktober dem Adam Merkel jung in Reichartshauſen am 24. October 1842 zugeſtellt.

Ueber dieſes quid pro quo vernommen, entſchuldigte ſich der Gerichtsbote damit, daß zur Zeit der Zuſtellung Adam Merkel jung allerdings bereits todt geweſen ſei, daß aber deſſen Sohn ihn aufgefordert habe, er ſolle ihm die hofgerichtliche Verfügung nur da laſſen!

7) In Sachen M. Odenheimer gegen Johann Wagner von Leimen war die Ladung zur mündlichen Verhandlung dem Beklagten Appellaten zuzuſtellen. Der Gerichtsbote beurkundete denn auch, er habe jene hofgerichtliche Verfügung vom 29. September 1845 Nr. 10,439 am 1ten Oktober 1845 dem Johann Wagner in Leimen zugeſtellt.

Als ſich jedoch ſpäter ergab, daß Wagner, wegen Geiſtesſtörung damals ſchon nach Illenau verbracht worden war, ließ man den Gerichtsboten über ſeine offenbar unrichtige Beurkundung vernehmen, welcher dann erklärte, er habe jene Verfügung dem Pfleger des Johann Wagner, dem Bürgermeiſter Seitz von Leimen zugeſtellt und allerdings einen Fehler begangen, daß er dieſe Perſon in dem Scheine nicht bezeichnet habe.

8) In Sachen der Wittwe des Amtsreviſors H. gegen die Erben des Altvogts K. wurde unterm 9. October 1844 Nr. 10,742 die Ladung dieſer appellatiſchen Erben zur mündlichen Verhandlung unter Mittheilung der Duplikate der Appellations-Beſchwerdeſchrift — verfügt. Als einer der appellatiſchen Erben war auch Wilhelm K. bezeichnet. Nachdem der Gerichtsbote einen Schein vorgelegt hatte, worin er beurkundet, jene Verfügung dem Wilhelm K. am 15. October 1844 zugeſtellt zu haben, zeigte der appellantiſche Anwalt ſpäter an, dieſer Wilhelm K. ſei — was die Klägerin Appellantin bis jetzt nicht gewußt habe, ſchon bevor die Klage erhoben worden — geſtorben!!

9) Johann Heiß appellirte gegen Michael Heiß. Das Duplikat der Beſchwerdeſchrift ſollte Letzterem durch den Gerichtsboten behändigt werden, und nach dem vorgelegten Scheine geſchah die Behändigung auch an denſelben; kurz danach legte der appellantiſche Anwalt fragliche Be-

*) cfr. Annal. 1842 Nr. 39 II. pag. 305, 306, und §. 268 der Pr. O.

Digitized by Google

ſchwerdeſchrift, als ihm von ſeinem Clienten zugekommen, vor. Dieſer Umſtand ließ die Richtigkeit der Zuſtellungsbeurkundung bezweifeln, weßhalb die Einvernahme des Gerichtsboten bewirkt wurde, welcher denn auch auf die Verſicherung des Appellaten, daß er die ihm vorgezeigte Schrift nie zu Geſicht bekommen habe — erklärte, er wiſſe wahrhaftig nicht, wie der appellantiſche Anwalt in den Beſitz der für den Appellaten beſtimmten Schrift gekommen ſei, wenn er nicht aus Verſehen dieſelbe dem Johann Heiß zugeſtellt habe.

10) Bürgermeiſter Br. von W. klagte mit 11 Streitgenoſſen eine Forderung gegen Schäfer H. ein. Das Amt wieß die Kläger ab und erſuchte das Gericht des Wohnſitzes derſelben, um Behändigung des Urtheils in folgendem Schreiben:

In Sachen
des Bürgermeiſters Br. und Conſorten von W.
gegen
Schäfer H. p. d.

erſuchen wir Wohldaſſelbe um Zuſtellung der anliegenden 12 Urtheils-Ausfertigungen an die Kläger und um Mittheilung einer Beſcheinigung hierüber.

Auf dieſes Schreiben beurkundete nun der Gerichtsbote Kl....

die zwelf Urtheiler einem ieden das einige zugeſtellt. W. den 25. Januar 1845.
Gerichtsbot Kl....

Der klägeriſche Anwalt behauptete dann ſeiner Zeit, dieſer ſaubern Beſcheinigung gegenüber: das Urtheil ſei den Klägern mit Ausnahme des Bürgermeiſters Bräuchle noch gar nicht gerichtlich eröffnet.

11) In Sachen Baumann gegen Hauſamen — einer im abgekürzten Verfahren verhandelten Sache — erließ das Amt Adelsheim am 8. Mai 1844 das Urtheil und gegen den Beklagten, welcher die Appellation angezeigt hatte, ein Verfallenerkenntniß. Der Gerichtsbote beurkundete zu den Akten, er habe dieſes am 20. Juni dem Appellanten zugeſtellt; die Appellationsbeſchwerde kam aber erſt am 5. Juli ein, alſo nach Ablauf der 8tägigen Wiederherſtellungsfriſt (§. 1206. Pr. Ordn.). Dagegen legte Appellant die ihm zugeſtellte Ausfertigung des Deſerterkenntniſſes vor, auf welcher der Gerichtsbote die Beurkundung ausgeſtellt hatte, dieſelbe ſei dem Beklagten Appellanten am 27. Juni behändigt worden.

Durch die Einvernahme des Gerichtsboten ergab ſich dann, daß er das Verfallenerkenntniß am 20. Juni nicht dem Appellanten, ſondern ſeinen beiden 8—10 Jahre alten Kindern, folglich nicht ſolchen Perſonen zugeſtellt hatte, an welche nach §. 262 und 263 der Pr. Ordn. in Abweſenheit des Appellanten die Behändigung hätte geſchehen können und ſollen, und daß er erſt am 27. Juni den Appellanten traf, dieſem das Verfallenerkenntniß ſelbſt zuſtellte und das Datum der Zuſtellung auf der zugeſtellten Ausfertigung hiernach änderte.

Unter dieſen Verhältniſſen konnte nun die gegen jenes Erkenntniß nachgeſuchte Wiederherſtellung nicht verweigert werden.

12) Der Grundherr v. G. war einer Forderung wegen bei dem Hofgerichte belangt worden. Der mit Zuſtellung der Ladung im Exekutivproceß betraute Gerichtsbote beurkundete, daß er dieſelbe dem v. G. in D. am 17. November 1842 gehörig zugeſtellt habe.

Als nun der Beklagte demohngeachtet in der Produktionstagfahrt ausblieb, ergieng gegen dieſen ein Verſäumungserkenntniß, worauf derſelbe anzeigte, die Klage ſei ihm noch nicht behändigt worden.

Der Gerichtsbote — hierüber vernommen, erklärte, er habe im November 1842, durch eine Krankheit am Ausgehen verhindert, ſeinem Sohne Hieronymus die Beſorgung der Zuſtellungen überlaſſen, namentlich auch die der fraglichen Ladungsverfügung, und dieſer habe ihn verſichert, dieſelbe richtig beſorgt zu haben. Der Sohn des Gerichtsboten behauptete zwar, unter Angabe der Nebenumſtände, er habe die Zuſtellung jener Verfügung an die Perſon des v. G. beſorgt; allein demohngeachtet mußte das Verſäumungserkenntniß wieder aufgehoben werden, obſchon Gefahr für den Kläger auf dem Verzuge war.

Aus dieſen wenigen Beiſpielen wird ſich zur Genüge ergeben, daß der Zweck des §. 268 der Pr.O., nämlich für ſichere Beurkundung und für deren Vollſtändigkeit zu ſorgen (ſ. v. Weiler Motive p. 22. 4) durch die Nachläſſigkeit und Unfähigkeit der zu Gerichtsboten verwendeten Klaſſe von Menſchen ſtets noch vielfach vereitelt wird. Man wird mir freilich entgegnen, den zum Gerichtsboten untauglichen Amtsboten entlaſſe man und ſtelle einen anderen tauglicheren an! Dieſer Rath liegt allerdings ſehr nahe, allein in ſeinem zweiten Theile ſtellt er ſich häufig

Digitized by Google

als unausführbar dar; denn wenn irgendwo „ſelten etwas Beſſeres nachkommt“, ſo iſt es gewiß hier der Fall. Zu der Stelle eines Amts- und nebenbei Gerichtsboten werden ſich keine Schriftgelehrte melden, und dem kleinen Häuflein der Bewerber wird weniger die Dienſtbeſorgung als das — wenn auch noch ſo kärgliche — Dienſterträgniß in vergrößertem Maaßſtabe als ultima spes vor den gierigen Augen liegen. Schlimmer aber als mit der Quantität wird es mit der Qualität der Bewerber beſtellt ſein, und es gehört ſchon beſondere Sorgſamkeit und Kenntniß der Menſchen und Verhältniſſe nebſt Glück dazu, um aus dem Troß der moraliſch und intellectuell völlig Unnützen die wenigen oder den einzelnen nothdürftig (in der engeren Bedeutung dieſes Wortes) Befähigten herauszufinden.

Wie mit der Befolgung dieſes Rathes, ſo verhält es ſich auch mit dem Troſte, den man etwa der durch das Verſehen eines Gerichtsboten beſchädigten Parthie geben wollte: „Ei, du kannſt ihn ja auf Entſchädigung belangen!“ Ein Entſchädigungsanſpruch iſt häufig an ſich ſchon ein flebile beneficium, immer aber dann, wenn dem zur Entſchädigung Pflichtigen nicht allein der Willen, ſondern auch das Vermögen mangelt, ſeine Verbindlichkeit zu erfüllen. Und wahrlich, wer ſich um kargen Lohn dazu hergiebt, in jeder Jahreszeit und bei jeder Witterung Botengänge zu thun, hat die praesumtio Croesi nicht für ſich!

Es wird alſo nicht anders zu helfen ſein, als durch Aufgeben der bisherigen unhaltbaren, der Würde der Rechtspflege kaum entſprechenden und die Rechtsſicherheit gefährdenden Einrichtung und durch Aufſtellung eigener beſſer bezahlter Gerichtsboten.

Unſerer, um Verbeſſerung der Rechtspflege ſo verdienſtvollen oberſten Juſtizbehörde wird ſich hierzu bei dem Vollzug der Trennung der Juſtiz von der Adminiſtration ſicherlich Gelegenheit darbieten, da die Trennung der Behörden nothwendig auch Aenderungen in der Einrichtung der Botenanſtalten und in der Unterordnung der Boten herbeiführen wird.

Möchte dieſe Gelegenheit zur Verbeſſerung des Gerichtsbotenweſens nicht unbenützt vorübergehen!

Stempf.

III.

Aus dem Gantproceſſe.

Muß der Gläubiger, welcher an ſeiner in das Ganturtheil aufgenommenen Forderung vor Vertheilung der Maſſe von einem dritten Betheiligten Zahlung erhält, ſich dieſe an ſeiner Forderung im Vertheilungsbeſcheide ſelbſt dann abrechnen laſſen, wenn er auch bei Aufnahme ſeines ganzen Forderungsbetrages aus der Maſſe — jene Zahlung eingerechnet — nicht volle Befriedigung erhielte.

L.R.S. 1200 §. 923. 926, 3. 928. 929. 935. Pr.O.

In Sachen des Handelsmanns Diehm in Lauterbach, Liquidanten, gegen die Gantmaſſe des Handelsmanns Heller in Rappenau — wurde die Gantmaſſe durch Ganturtheil vom 31. October 1837 für ſchuldig erkannt, die liquidirte Forderung mit 3,400 fl. ſammt Zinſen dem Liquidanten zu zahlen.

Neydeck, welcher nach dem Inhalte dieſes Urtheils für die Verbindlichkeit des Gantmanns ſammtverbindlich haftete, zahlte im November 1838 an der in das Ganturtheil aufgenommenen Forderung des Liquidanten 1495 fl. — Betheiligte Gläubiger verlangten nun, daß die nach dem Urtheile erfolgte Zahlung in dem Vertheilungsbeſcheide an dem durch das Ganturtheil feſtgeſtellten Forderungsbetrage des Liquidanten abgerechnet werde.

Hiergegen wurde geltend gemacht,

1) die Einrede der Zahlung ſei aus dem Rechte eines Dritten hergeleitet;
2) auch nach Abzug der 1495 fl. erwachſe dem Liquidanten in der Gant immer noch ein Verluſt von mehreren hundert Gulden, ſelbſt dann, wenn der urtheilsmäßige Betrag ſeiner ganzen Forderung in den Vertheilungsbeſcheid aufgenommen werde.

Allein das Großh. Oberhofgericht gab durch Urtheil v. 5. Oct. 1841 Nr. 4190 I. S.) jenem Begehren ſtatt, indem es ausführte:

Zu 1. Die von dem Sammtſchuldner Neydeck an der urtheilsmäßigen Schuld geleiſtete Zahlung kam nach L.R.S. 1208 auch der Hellerſchen Gantmaſſe ebenſo zu gut, wie wenn die Zahlung vor der Liquidation oder dem Ganturtheil geleiſtet worden wäre.

Zu 2. Der im Ganturtheile ausgeſprochene Befehl, aus der Maſſe ſei die ganze liquidirte Forderung des Liquidanten zu zahlen, habe nur die Wirkung, daß die Zahlung nach Maßgabe der Location und nach Verhältniß des Maſſebeſtandes, alſo in gleichem Verhältniß, wie an andern mitaufgetretenen Gläubigern gleichen Rangs, ſeiner Zeit erfolgen ſolle.

Jener Ausſpruch ſetze aber voraus, daß zur Zeit, wo die Zahlung (ſei es nun ganz oder nach Verhältniß der auf die einzelnen Gläubiger kommenden Antheile) erfolgen ſoll, die Forderung in ihrem, bei Erlaſſung des Urtheils unterſtellten Umfange noch beſtehe. Für dieſen Fortbeſtand ſpreche jedoch das Urtheil nur ſo lang, als nicht das Gegentheil bewieſen ſei. Dieſer Beweis ſei aber im Gantverfahren vor der endlichen und wirklichen Vertheilung der Maſſe ſtets ebenſo zuläßig, als im Vollſtreckungsverfahren der Beweis einer nach dem Urtheil geleiſteten Zahlung. §. 958. 1. der Prozeßordnung.

Stempf.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 4. Karlsruhe den 24. Januar 1846.

I.

Ueber die Anhangſätze 92ae und af des badiſchen Handelsrechts und deren Anwendung auf Kaufverträge.

(Man ſehe auch die Aufſätze im Jahrgang 1841, Nr. 35 und 48.)

Der Wirth S. beſtellte beim Reiſenden des Weinhändler K. auf einige vorgezeigte Weinmuſter eine gewiſſe Quantität Wein um einen beſtimmten Preis. Der Wein wurde an S. abgeliefert, ohne daß eine Prüfungszeit beſtimmt war, oder die durch Landrechtsſatz 1587b vorgeſchriebene Aufforderung von Seite des K. erfolgte, und ſo bewahrte S., welcher den Wein ſchlecht und trübe fand, denſelben in ſeinem Keller auf, um dem Reiſenden, der den Preis einzuziehen hatte, die mißbilligende Erklärung abzugeben, auf die aber K. keine Rückſicht nahm und gegen S. auf Bezahlung des Preiſes klagte.

Der Unterrichter ging von der Anſicht aus, daß der Kauf nach Landrechtsſatz 1587 als nicht abgeſchloſſen zu betrachten ſei, weil der Kläger nicht behauptet, noch weniger bewieſen hatte, daß S. den Wein gebilligt habe. Der Oberrichter theilte dieſe Anſicht nicht, ging auf die Beſtimmung des Landrechtsſatzes 1587 nicht ein, davon ausgehend, daß die Anhangſätze 92ae und af auch auf Kaufverträge analoge Anwendung finden und daß es, weil S. dem K. die dort vorgeſchriebene Anzeige nicht gemacht habe, auf die Billigung oder Nichtbilligung des Weins von Seite des S. nicht weiter ankomme.

Dieſe analoge Anwendung dürfte jedoch, obgleich ſie ihre Vertheidiger findet, nicht gerechtfertigt ſein. Nur wenn dem Richter ein beſtimmter Ausſpruch des Geſetzes *mangelt* und wenn er aus dem Grund und Zweck des *mangelhaften* Geſetzes oder aus dem Geiſt des Geſetzbuchs ſich nicht Raths zu erholen vermag, ſoll er auf die *Rechtsähnlichkeit*, die aus einzelnen Verfügungen über *verwandte Gegenſtände* zu entnehmen iſt, ſeine Entſcheidung gründen.

Daß das Landrecht in ſeinen Beſtimmungen über den Kaufvertrag und insbeſondere in einem Fall, wie der obige einer iſt, mangelhaft iſt, muß aber von vorne herein widerſprochen werden, ſo lange ein ſolcher Mangel ſich nicht fühlbar macht und nicht dargethan iſt; und wenn es je mangelhaft wäre, ſo könnten jedenfalls aus den geſetzlichen Beſtimmungen über den Kaufvertrag ſelbſt und aus den allgemeinen Beſtimmungen über Vertragsverhältniſſe ſo viele Analogieen gezogen werden, als zur Entſcheidung eines etwa übergangenen Punktes erforderlich ſind, ohne daß man zur Rechtsähnlichkeit in andern blos verwandten Gegenſtänden ſeine Zuflucht zu nehmen genöthigt wäre.

Es muß auf's Entſchiedenſte widerſprochen werden, daß ſchon das als ein Mangel zu betrachten iſt, wenn der Geſetzgeber zum Beiſpiel über das eine Vertragsverhältniß diejenigen einzelnen Beſtimmungen nicht getroffen hat, welche er hinſichtlich anderer Vertragsverhältniſſe — ſchon deren abweichender Eigenthümlichkeiten wegen — feſtſetzte und feſtſetzen mußte. Ja, ſelbſt wenn auch die gegebenen Beſtimmungen dorthin *angepaßt werden könnten*, iſt dort ein Mangel noch keineswegs dargethan, ſchon aus dem Grunde, weil dem Geſetz eine Mangelhaftigkeit nicht unterſtellt werden ſoll (Landrechtsſatz 6a) und man vorerſt immer davon auszugehen hat, daß der Geſetzgeber dort abſichtlich eine Beſtimmung nicht getroffen hat, die er an einem andern Ort für nothwendig hielt.

Es iſt daher auch unrichtig, wenn man, wie es in dem

Digitized by Google

Aufſatz in Nr. 48 geſchah, zunächſt von dem Grund und Zweck der Beſtimmung ausgeht und dieſe oben anſtellt, welche man (als rechtsähnlich) anwenden will; zumal der Grund und Zweck einer geſetzlichen Beſtimmung immer nur auf den Gegenſtand geht, den ſie betrifft.

Der Grund und Zweck eines (vermeintlich) mangelhaften Geſetzes alſo ſoll zunächſt in's Auge gefaßt werden, und wird er erkannt, ſo hat der Richter auf dieſen Grund und Zweck ſeine Entſcheidung zu bauen, nicht aber auf den Grund und Zweck einer Beſtimmung über einen blos verwandten Gegenſtand.

Der Grund und Zweck der geſetzlichen Beſtimmungen über die Kaufverträge muß aber, wie ſich von ſelbſt verſteht, zunächſt aus dieſen ſelbſt entnommen werden, und man kann nie den Grund und Zweck jener Beſtimmungen zum Beiſpiel aus den Beſtimmungen über den Auftragsvertrag entnehmen, wie es nach der angefochtenen Meinung geſchehen ſoll.

Wenn daher auch einzelne ſpecielle Beſtimmungen über den Auftragsvertrag auf Verhältniſſe angewendet werden könnten, welche beim Kaufvertrag vorkommen können, ſo iſt damit noch keineswegs dargethan, daß ſie beim Kaufvertrag als rechtsähnlich angewendet werden müſſen, weil — abgeſehen davon, daß ein Auftragsvertrag und ein Kaufvertrag keine verwandte Gegenſtände ſind — immer noch nachgewieſen werden müßte, daß die Beſtimmungen über den Kaufvertrag ſo mangelhaft ſind, daß aus ihnen weder Grund noch Zweck erkannt und alſo keine Entſcheidung gegeben werden kann, ohne daß man ſeine Zuflucht auf die Geſetze über den Auftragsvertrag und insbeſondere auf die im Anhangſatz 92ae und af nimmt.

Es iſt gewiß nicht dem geringſten Zweifel unterworfen, daß, wenn dieſe beiden Sätze nicht gegeben worden wären, kein Richter die Geſetze über den Kaufvertrag mangelhaft gefunden hätte. Statt daß man alſo nothgedrungen zu einer Rechtsähnlichkeit ſeine Zuflucht nimmt, geht man hier umgekehrt und gegen die Vorſchrift des Landrechtsſatzes 4a zu Werk, und folgert: weil dieſe beiden Anhangſätze auch auf den Kaufvertrag Anwendung finden können, und im Titel über den Kauf nicht gegeben ſind, ſind die Geſetze über den Kauf mangelhaft und folglich muß hier eine rechtsähnliche Anwendung ſtattfinden.

Man hätte hier aber auch um ſo mehr Bedenklichkeiten gegen rechtsähnliche Anwendungen hegen ſollen, weil es ſich hier um Gegenſtände des bürgerlichen und des Handelsrechts handelt, die an und für ſich ſchon als verſchieden zu betrachten ſind, ſo daß der Geſetzgeber ſelbſt für nothwendig hielt, außer dem Zuſatz 4a im Anhangſatz 1b noch beſonders feſtzuſetzen, daß rechtsähnliche Anwendungen des Handelsrechts auf das bürgerliche Recht (außer der Verwandtſchaft des Gegenſtandes) auch noch insbeſondere den Einklang mit den Grundſätzen des bürgerlichen Rechts vorausſetzen.

Wollte man aber auch annehmen, daß in den Geſetzen über die Kaufverträge wirklich ein fühlbarer Mangel vorhanden iſt, dem nicht anders abzuhelfen iſt, als daß die Entſcheidung auf Rechtsähnlichkeit gebaut wird, ſo gebricht es auch an der Vorausſetzung der Verwandtſchaft des Gegenſtandes. Kaufvertrag und Auftragsvertrag ſind nicht nur nicht verwandte, ſondern weſentlich verſchiedene Verträge.

Der Beſteller, Gewaltgeber, Committent tritt als ſolcher ſeinem Contrahenten, dem Kaufbeſorger, Gewalthaber, Commiſſionär, gegenüber nie in das Verhältniß eines Käufers zum Verkäufer. Ihre Rechte und Verbindlichkeiten richten ſich in Gemäßheit Anhangſatzes 92 im Allgemeinen nach dem 13ten Titel im 3ten Buch des Landrechts, alſo nach dem Auftragsvertrag. Es iſt daher auch nicht wahr, daß der Käufer gegen den Verkäufer ganz dieſelben Rechte und Verbindlichkeiten hat, wie der Beſteller gegen den Kaufbeſorger.

Die Aehnlichkeiten, die im Aufſatz unter Nr. 48 hervorgehoben worden ſind, haben nicht nur dieſe beiden Verträge, ſondern faſt alle mit einander gemein, ſo daß aus dieſer allgemeinen Aehnlichkeit nichts abgeleitet werden kann, am wenigſten eine Verwandtſchaft des Gegenſtandes, indem der eine Gegenſtand immerhin ein Kauf, der andere ein Auftrag iſt und bleibt.

Insbeſondere enthalten auch die Anhangſätze 92aa bis 95 und 96 bis 102a nur nähere und ſpecielle Beſtimmungen über das Auftragsverhältniß zwiſchen Beſteller und Kaufbeſorger, welcher letztere vermöge ſeiner eigenthümlichen blos im Handelsrecht ſo vorkommenden Stellung als Gewalthaber beſonders in's Auge gefaßt

Digitized by Google

werden mußte; daher auch im 13ten Titel des 3ten Buchs im Landrecht dieſe ſpeciellen Beſtimmungen nicht aufgenommen worden ſind und deßhalb ſagt auch Brauer zu den fraglichen Anhangſätzen, verglichen mit Landrechtsſatz 1107, daß ſie nur nähere Beſtimmungen für das Handelsrecht enthalten. Es iſt daher nicht einzuſehen, warum dieſe aus dem Auftragsverhältniß hervorgegangenen näheren Beſtimmungen für das Handelsrecht zu allgemeinen Beſtimmungen für die Kaufvertragsverhältniſſe überhaupt und auch noch ſogar auf die des bürgerlichen Rechts umgeſtempelt werden ſollen. Fände man in den Geſetzen über den Auftragsvertrag einen Mangel und müßte man zur rechtsähnlichen Anwendung anderer Geſetze über verwandte Gegenſtände ſeine Zuflucht nehmen, dann würden die Anhangſätze 92aa u. ff. hiezu allerdings dienlich ſein. Aber je weniger es bisher Jemand einfiel, eine rechtsähnliche Anwendung der Anhangſätze 92aa u. ff. auf ſonſtige Auftragsverhältniſſe eintreten zu laſſen, um ſo mehr muß es auffallen, daß dieſe Anwendung auf ganz verſchiedene Vertragsverhältniſſe, nämlich auf die des Kaufs ſtatthaben ſoll.

Hinſichtlich der Anwendung des Anhangſatzes 92ae kommt man aber auch noch auf das weitere Haupthinderniß, daß im Verhältniß des Verkäufers zum Käufer nie ein Einkaufsverzeichniß (Factur) im geſetzlichen Sinne vorkommen kann. Nur der Kaufbeſorger kann ſeinem Gewaltgeber daß Verzeichniß über den von ihm mit dem Verkäufer abgeſchloſſenen Einkauf ſchicken, und da die achttägige Friſt des Anhangſatzes 92ae vom Empfang des Einkaufsverzeichniſſes (nicht vom Empfang der Waare, die oft dem Einkaufsverzeichniß vorausgehen, oft aber auch nachfolgen kann) ihren Anfang nimmt, ſo fällt die Anwendung dieſes Anhangſatzes auf den Kaufvertrag von ſelbſt weg.

Es handelt ſich daher hier hauptſächlich nur noch um den Anhangſatz af, bei dem ſich aber bezüglich auf den Anhangſatz 1b nachweiſen läßt, daß, abgeſehen davon, daß eine rechtsähnliche Anwendung durch eine Geſetzesmangelhaftigkeit nicht geboten und die Kaufbeſorgung kein rechtsähnlicher Gegenſtand iſt, die Beſtimmung des Anhangſatzes 92af mit den Grundſätzen über den Kauf (bürgerlichen und Handelskauf, Landrechtsſatz 1107) nicht im Einklang ſteht, ſondern Abweichungen enthält.

Eine ſolche Abweichung beſteht eigentlich gerade ſchon in der Verſchiedenheit des Kauf- und Auftragsvertrags; ferner darin, daß in den Geſetzen über den Kauf die Beſtimmung des Anhangſatzes 92af nicht aufgenommen iſt; hauptſächlich aber zeigt ſie ſich bei genauerer Vergleichung jener Beſtimmungen mit dieſer.

Wenn der Verkäufer dem Käufer Waaren zuſendet, ſo iſt der Kaufvertrag

I. entweder noch nicht abgeſchloſſen,

II. oder er iſt abgeſchloſſen. In dieſem Fall ſind

1) die Waaren entweder wie ſie ſein ſollen, oder

2) ſie ſind nicht wie ſie ſein ſollen, z. B. von geringerer Sorte, oder

3) ſie ſind fehlerhaft, oder

4) ſie zeigen ihre Fehlerhaftigkeit erſt ſpäter.

Zu I. Dieſer Fall iſt nur inſofern hier zu berühren, als der etwaigen Anſicht entgegenzutreten iſt, daß der Kaufvertrag dennoch als abgeſchloſſen zu betrachten iſt, wenn der Käufer dem Verkäufer die nach Satz 92ae oder af nur dem Kaufbeſorger geltende Anzeige nicht macht. Dieſe Anwendung der Sätze 92ae und af würde der Beſtimmung des Landrechtsſatzes 1583 und unter Umſtänden der des Landrechtsſatzes 1587 entgegenſtehen; ſie darf daher nach Anhangſatz 1b nicht ſtattfinden. Ohnedies droht der Anhangſatz 92ae oder af als Folge der Unterlaſſung der Anzeige überall nicht an, daß ein nicht abgeſchloſſener Kauf für abgeſchloſſen betrachtet werden ſoll.

Zu II 1. Hierüber iſt nichts zu bemerken.

Zu II 2. Dieſer Fall gehört eigentlich unter den unter No. I. aufgeführten; denn die Contrahenten ſind über das Kaufobject nicht einig. Sofern man aber annimmt daß der Verkäufer wohl wußte, was der Käufer wollte, daß er aber abſichtlich von der geringern Sorte überſendete, gehört der Fall hierher.

Welche Rechte und Verbindlichkeiten in dieſem Falle zwiſchen Verkäufer und Käufer gelten, iſt nun allerdings im 4ten Titel des 3ten Buches nicht ausgeſprochen, denn die Sätze 1641 und folg., welche von Fehlern oder Mängeln der verkauften Sache reden, während hier die überſendete Mittelſorte an und für ſich fehlerlos ſein kann, gehören nicht hierher.

Demungeachtet iſt es nicht nothwendig zu den Anhangſätzen 92af zu greifen, weil man nach Landrechtsſatz 4a und 1107 zuerſt im 3ten Titel des 3ten Buches die Entſcheidung zu ſuchen hat, und man hier insbeſondere die

Digitized by Google

Landrechtsſätze 1142, 1146, 1147, 1149 und 1184 findet.

Nach dieſen Geſetzen werden demjenigen, deſſen Rechte vom Gegner nicht berückſichtigt werden, keine neue Verbindlichkeiten auferlegt; am wenigſten die Verbindlichkeit, dem vertragsbrüchigen Gegner noch beſondere Aufmerkſamkeiten zu erweiſen. Hat der Verkäufer ſeine Verbindlichkeit nicht erfüllt, ſo geſchieht es entweder abſichtlich, alſo aus Gefährde, oder aus Nachläſſigkeit oder Unvorſichtigkeit. Die Folgen derſelben, ſie ſeien welche ſie wollen, hat er ſelbſt verſchuldet.

Während nun der Käufer das *Recht* und die Wahl hat, entweder *auf Auflöſung des Vertrags oder auf Verminderung des Kaufpreiſes zu klagen,* — was beim Auftragsvertrag nicht der Fall ſein kann — ſoll ihm die *Verbindlichkeit* auferlegt werden, den Verkäufer in Kenntniß zu ſetzen, daß er einen Fehler begangen habe, und wenn der Käufer dieſes unterläßt, ſo ſoll nicht nur einerſeits der Fehler des Verkäufers dadurch gutgemacht werden, ſondern anderſeits ſoll der Käufer ſogar ſein Klagrecht verlieren. Dieſes anzunehmen liegt kein geſetzlicher und kein rechtlicher Grund vor. Kein geſetzlicher, weil es geſetzlich nirgends ausgeſprochen iſt, und kein rechtlicher, weil es geradezu Unrecht iſt, daß dem Käufer durch die Vertragsverletzung des Verkäufers eine *weitere neue* Verbindlichkeit auferlegt werden ſoll.

Es iſt vom Geſetzgeber nicht anzunehmen, daß er ſo inconſequent iſt und — während er im Landrechtsſatz 1315 davon ausgeht, daß das Beſtehen einer Verbindlichkeit ſo wenig als der Vollzug anzunehmen iſt, ſo lange nicht der Beweis geliefert wird — hier vom umgekehrten Grundſatz ausgehe und nicht nur das Vorhandenſein der Verbindlichkeit, ſondern auch den *richtigen Vollzug* vermuthe, oder aber demjenigen, dem zu leiſten iſt, auferlege, daß er dem Gegner an die Hand gehe und zur Beweisführung deſſelben beitrage.

Wenn man behauptet, in der Uebergabe einer Waare in Folge eines Verkaufs liegt die Erklärung des Verkäufers, die übergebene Waare ſei die verkaufte, und wer dieſe Erklärung nicht in Zeiten widerſpricht, erklärt dieſelbe ſtillſchweigend für wahr, ſo muß die Richtigkeit dieſer Behauptung in Zweifel gezogen werden. Derjenige, welcher einen in jeder Beziehung beſtimmten und genau beſchriebenen Gegenſtand kauft, hat gerade nur über *dieſen* Gegenſtand einen Vertrag abgeſchloſſen. Schickt ihm der Verkäufer z. B. ſtatt Cibeben, Cubeben, oder ſchickt er ihm ſtatt Domingo-Kaffee erſter Sorte, ſolchen von Mittelſorte, ſo kann es ebenſogut der Fall ſein, daß der Verkäufer im Irrthum war und daß alſo jene Erklärung des Verkäufers nicht unterſtellt werden darf; auch muß der Käufer eher den Irrthum des Verkäufers vermuthen, als daß er zum Voraus annimmt, jener wolle ihm etwas aufdringen, was gar nicht Gegenſtand des Kaufvertrags war.

Es liegt dem Käufer nach den Grundſätzen des Kaufvertrags nicht ob, in Zeiten jene vermeintliche Erklärung zu widerſprechen, und noch weniger harmonirt es mit dem Landrechtsſatz 1108a und 1108b, wenn man annimmt, daß der Käufer dadurch ſtillſchweigend jene Erklärung für wahr erklärt, wenn er ſie nicht widerſpricht. Man würde in der That ſo weit gehen, die Aufhebung des früheren Kaufvertrags und die Abſchließung eines neuen zu vermuthen, während Rechtsvermuthungen *ſolcher* Art dem Geſetz doch fremd ſind.

Ueberhaupt läßt man es aber nicht allein dabei bewenden, den Satz 92 a. f. auf Käufe anzuwenden, ſondern man gibt dem Satz, wie oben ſchon berührt, eine Deutung, die er gar nicht hat, und ſupplirt ihn bei der Anwendung nach eigenem Gutdünken.

Zu II. 3. Der Landrechtsſatz 1642 ſetzt feſt, daß der Verkäufer für keine offenen Fehler, welche der Käufer ſelbſt bemerken konnte, verantwortlich iſt.

Die Bemerkung der Fehler kann auf zweierlei Weiſe ſtattfinden; nämlich:

a) der Käufer ſieht die Waaren entweder beim Kauf ſelbſt, oder

b) er iſt nicht anweſend oder die Waaren ſind nicht anweſend und er ſieht ſie erſt beim Empfang.

Im Fall unter a bleibt es unwiderruflich beim Vertrag, und weder der Landrechtsſatz 1648, noch der Satz 92 a. f. können weiter zur Sprache kommen.

Im Fall unter b aber muß der Käufer innerhalb kurzer Friſt *auf Zurücknahme klagen.* Klagt er innerhalb kurzer Friſt nicht, ſo tritt nach Landrechtsſatz 1108a und 1108b, verglichen mit Landrechtsſatz 1642, die rechtliche Vermuthung ein, daß der Käufer die Waare ungeachtet ihrer offenen Fehler kaufte und behalten wolle,

Digitized by Google

und eine Klage findet deßhalb in Folge Landrechtsſatzes 1642 als in Rechten nicht gegründet nicht ſtatt, ohne daß man es wohl eine Klagenverjährung nennen kann; ſo wenig, als man von einer ſolchen Verjährung ſprechen kann, wenn der Käufer die mit offenen Fehlern behaftete Waare ſogleich beim Kaufabſchluß ſieht. Dieſer Unterſchied iſt auch deßhalb weſentlich, weil bei einer Klagenverjährung der Richter die Einrede der Gegenpartie erſt abzuwarten, während er andernfalls die Klage als unſtatthaft von Amtswegen zu verwerfen hat, wie z. B. auch im Fall des Zuſatzes 1167 a.

Man hat nicht außer Acht zu laſſen, daß hier von Käufen die Rede iſt, welche als ſchon geſchloſſen gelten. Denn läge bloß eine Verkaufszuſage oder ein Kaufvertrag vor, welcher zu ſeinem Abſchluß noch eine ausdrückliche oder ſtillſchweigende Billigung bedarf — welche der Verkäufer beweiſen muß — ſo hätte der Käufer eine Klage auf Zurücknahme gar nicht zu verlieren, weil der Kauf noch nicht als abgeſchloſſen gilt, und weil es gegen die beſtimmteſten Geſetze laufen würde, die Billigung und damit den Abſchluß ſchlechthin darin zu erblicken, daß der Käufer nicht innerhalb kurzer Friſt klagt.

Man könnte ſonſt auch eben ſo gut behaupten, daß der Käufer, welcher für 100 fl. Zucker kaufte, aber für 100 fl. Kaffee erhielt, ſich, wenn er ſich nicht erklärt, den Kauf gefallen und als abgeſchloſſen betrachten müßte.

Im Falle unter II. 3 b ſoll nun aber außer dem Landrechtsſatz 1648 auch noch der Anhangſatz 92 a. f. Anwendung finden, der doch mit dem Landrechtsſatz 1648 nicht in Einklang zu bringen iſt.

Der Anhangſatz 92 a. f. macht überall keinen Unterſchied, von welcher Beſchaffenheit die Fehler ſind, während der Satz 1648 darauf und überdies auf den Ortsgebrauch, wo der Kauf geſchah, und den der Beſteller ohnedies auch oft gar nicht wiſſen kann, Rückſicht zu nehmen gebietet. Der Landrechtſatz ſchreibt dem Käufer die Erhebung der Klage vor, während der Anhangſatz nur eine Benachrichtigung vorſchreibt; die Friſt im Anhangſatz iſt immer eine 14tägige, während die im Satz 1648 bald eine 1tägige, bald eine halbjährige oder noch längere ſein kann. Es würden daher dem Käufer zwei Friſten zu gleicher Zeit laufen, deren Dauer ganz verſchieden iſt. Und geſetzt den Fall, die Friſt zur Klagenſtellung betrage nur 8 Tage, was ſoll dann noch mit der weiteren 8tägigen Friſt zur Benachrichtigung des Verkäufers von der Unzufriedenheit des Käufers bezweckt werden, ſei es nun, daß die Klage rechtzeitig angeſtellt oder unterlaſſen wurde. Ferner ſpricht der Anhangſatz 92 von einem Erfundzeugniß; der Satz 1648 weiß nichts davon.

Zu II. 4. Zeigt ſich die Fehlerhaftigkeit der Waare erſt ſpäter, was alſo immer verborgen geweſene oder verborgen gebliebene Fehler vorausſetzt, ſo entſcheidet abermals der Landrechtsſatz 1648.

Welche Anwendung der Anhangſatz 92 a. f. aber in dieſem Fall finden ſoll, iſt nicht einzuſehen; denn dieſer ſieht nur auf offene Fehler, welche ſogleich beim Empfang der Waare ſich darſtellen.

Hiemit dürfte genügend gezeigt ſein, daß bei dieſen Anhangſätzen die Vorausſetzungen nicht vorhanden ſind, welche die Landrechtsſätze 4 a, 6 a, der Satz 1107 und der Anhangſatz 1 b vorſchreiben.

Betrachtet man nun aber auch noch näher, was die beiden Anhangſätze beſtimmen, ſo werden ſich auch hierin noch weitere Bedenklichkeiten gegen deren Anwendung auf Kaufverträge ergeben.

Im Anhangſatz 92 a. e. heißt es: „Ein Beſteller, welcher über Nichterfüllung ſeiner geſetzten Bedingungen klagen, mithin die Waare nach dem Einkaufsverzeichniß nicht annehmen will.“ Der Gewaltgeber oder Beſteller hat zwar dem Kaufbeſorger oder Gewalthaber eine deutliche, richtige und genaue Beſtimmung des Auftrags hinſichtlich der Waare nach Menge, Beſchaffenheit Gattung und Art und hinſichtlich des Preiſes u ſ. w. zu geben. Allein oft wird er auch in der Lage ſein, einen durchaus beſtimmten Auftrag nicht geben zu können, da es auf die Verhältniſſe und Umſtände ankommt, unter welchen der Kaufbeſorger ſeinen Auftrag zu vollziehen hat, während Käufer und Verkäufer über Object und Preis in jeder Beziehung durchaus einig ſein müſſen; ferner wirken Kaufbeſorger und Beſteller auf einen und denſelben Zweck, beide haben gleichſam ein gemeinſchaftliches Intereſſe, während der Verkäufer und Käufer jeder ein anderes verfolgt; es können auch Fälle eintreten, wo der Beſteller ſelbſt wieder einzugreifen oder wo ihre beiderſeitige Thätigkeit einzutreten hat; kurz die beſondern Verhältniſſe, welche Handelskäufe im Gefolge haben, haben

Digitized by Google

auch die Nothwendigkeit für den Geſetzgeber herbeigeführt, das Auftragsverhältniß zwiſchen Kaufbeſorger und Beſteller in einzelnen Fällen genauer zu reguliren.

Man irrt daher, wenn man das Wort „Nichterfüllung“ auf den Kaufvertrag beziehen will, indem hier nur von der Nichterfüllung des *Auftragsvertrags* die Rede iſt, was auch ſchon im Aufſatz unter Nr. 35 ausgeführt iſt. Die nächſten Bedingungen über den Kaufvertrag, d. h. die Vereinbarung über Waare und Preis, können vom Kaufbeſorger nach dem Wunſch des Beſtellers eingehalten worden ſein; demungeachtet will der Beſteller die Waare nicht annehmen, weil andere zwiſchen ihm und dem Kaufbeſorger feſtgeſetzte Bedingungen nicht eingehalten wurden. Wenn auch vom Verkäufer die Waaren überſendet werden, jedoch aus Verſchulden des Kaufbeſorgers zu ſpät, ſo iſt dieſe Ueberſendung für den Beſteller bedeutungslos und eine fremde, ihn nicht berührende Thatſache. Er hat daher auch weder dem Verkäufer eine Anzeige zu machen, noch hat er eine Klage auf Zurücknahme zu ſtellen; denn für ihn gilt der Kaufvertrag lediglich als nicht beſtehend.

Ganz anders verhält es ſich aber zwiſchen ihm und ſeinem Gewalthaber. *Beim Auftragsvertrag*, wo es ſich um ganz andere Verhältniſſe handelt, wo ſogar vielleicht Waaren beſtellt wurden, die nicht ganz fehlerlos ſind, *kann nicht auf Aufhebung und auf Wiederherſtellung der Verhältniſſe in den vorigen Stand geklagt werden*, was dem Auftragsvertrag eigenthümlich iſt und ihn von allen andern Verträgen unterſcheidet, und weßhalb auch der Satz 2003 dieſe Art der Erlöſchung nicht aufführt. Der Gewaltgeber kann nur *widerrufen*. Satz 2003, 2004; wenn alſo der Kaufbeſorger ſeinen Auftrag nicht vorſchriftsmäßig vollzieht, ſo iſt der Beſteller eben ſo wenig an die Handlungen des Kaufbeſorgers gebunden, als er auf Aufhebung des Auftragsvertrags klagen kann. Er will vielleicht nicht einmal den Auftrag widerrufen, ſondern ihn richtig vollzogen wiſſen. Was bleibt ihm alſo zu thun übrig? — er muß ſeinen Gewalthaber in Kenntniß ſetzen, daß er nicht zufrieden ſein zu können glaubt. Deßhalb iſt auch im Anhangſatz 92 a. o. nicht, wie man hie und da anzunehmen ſcheint, *von einer Klage wegen Nichterfüllung* die Rede, ſondern es heißt nur: „der Gewaltgeber will *über* Nichterfüllung klagen,“ d. h. er iſt mit den Handlungen ſeines Gewalthabers unzufrieden und will deßhalb die Waaren nicht *annehmen*.

Während es beim Kaufvertrag lediglich auf die Uebereinkunft ankömmt, geſchieht die Annahme der Kaufbeſorgung nach Landrechtsſatz 1985 a und Anhangſatz 91 und alſo *der Vertragsabſchluß durch die Beſorgung*, deren Richtigkeit der Kaufbeſorger ſehr häufig ſelbſt nicht beurtheilen kann, wenn er auch von ſeiner Seite alles gethan hat, was er zum Vollzug thun zu müſſen glaubte. Er iſt alſo, auch wenn er ſich keinen Vorwurf zu machen hat, doch nicht gewiß, ob durch ſeine Beſorgung die Annahme und durch die Annahme der Abſchluß des Vertrags wirklich zu Stande kam; er müßte alſo in der Regel im Zweifel bleiben, wenn nicht der Geſetzgeber ihn dadurch ſicher geſtellt hätte, daß der Beſteller die Nachricht von ſich zu geben hat, *daß er nicht zufrieden iſt* und daß er den Auftrag als nicht vollzogen betrachte.

Gibt er dieſe Nachricht nicht, ſo hat der Kaufbeſorger die Gewißheit, daß ſeiner Geſchäftsbeſorgung nichts weiter entgegengehalten werden kann und durch das Schweigen des Beſtellers iſt alſo nicht nur die Entſchädigungsklage des Landrechtsſatzes 1991, 1992 abgeſchnitten — nicht verjährt — ſondern auch der Vollzug des Auftragsvertrags ſtillſchweigend gutgeheißen.

Erklärt der Beſteller ſeine Unzufriedenheit, ſo hat ſich der Kaufbeſorger entweder dem Verkäufer gegenüber ſicher geſtellt und kann bei ihm die Sache rückgängig machen, oder er ſucht nun die abgelehnte Waare anderwärts unterzubringen, oder ſich ſelbſt mit dem Beſteller weiter zu benehmen. Gelingt ihm Letzteres nicht, ſo iſt er dem Beſteller wegen Nichterfüllung für den etwaigen Schaden verantwortlich oder er muß, wenn er die Weigerung des Beſtellers für widerrechtlich hält, klagend gegen dieſen auftreten.

Iſt der Beſteller mit der Kaufbeſorgung deßhalb nicht zufrieden, weil die Beſchaffenheit der Waaren mangelhaft iſt, ſo gilt der Auftragsvertrag nicht für vollzogen, wenn der Beſteller innerhalb 14 Tagen vom Empfang der Waaren ſeinen Gewalthaber hievon und von der Beſchaffenheit derſelben in Kenntniß ſetzt, damit ſich dieſer nach dieſer Beſchaffenheit zu ſeinem weitern Benehmen zu richten weiß: und der Kaufbeſorger hat ſich entweder als Käufer mit dem Verkäufer oder mit einem Dritten

Digitized by Google

oder mit dem Beſteller über ein Auskunftsmittel zu vereinbaren, oder er muß gegen den Beſteller klagend auftreten.

Macht der Beſteller die Anzeige nicht, ſo gilt nach Umlauf der 14tägigen Friſt die Sache zwiſchen ihm und dem Kaufbeſorger ein für allemal abgethan, und wenn er auch ſpäter Mängel an der Waare entdecken ſollte, ſo ſteht ihm keine Klage gegen den Kaufbeſorger zu, weil dieſer als Gewalthaber an und für ſich nicht — wie der Verkäufer nach Landrechtsſatz 1642 — für die Beſchaffenheit der Waaren verantwortlich iſt, wenn er ſich nicht hierzu beſonders verantwortlich gemacht hat (Anhangsſatz 92 a. g.). Zeigt ſich aber erſt nach Ablauf der 14tägigen Friſt, daß die Waaren unten in den Packgefäßen ſchlechter ſind, als oben, ſo hat der Beſteller nach Landrechtsſatz 1992 den Rückgriff auf den Kaufbeſorger.

Dem Kaufbeſorger als Käufer ſteht in allen Fällen der Landrechtsſatz 1648 zu Gebot, und er iſt ſeinem Verkäufer gegenüber durch die geſetzlichen Beſtimmungen über den Kaufvertrag überall geſichert. Um ſo weniger iſt es nöthig, für einen Käufer, welcher nicht Kaufbeſorger iſt, Beſtimmungen aus dem Verhältniß zwiſchen Kaufbeſorger und Beſteller herüberzuziehen, die, wie überhaupt faſt alle Geſetze über Verträge, die Intereſſen der Contrahenten in's Auge faſſen, aber doch, wie oben gezeigt, *einen ganz andern Grund*, als die Beſtimmungen über den Kaufvertrag *und einen ſpeciellen, nur bei der Kaufbeſorgung vorkommenden Zweck haben*.

Wenn daher auch zugegeben werden kann, daß die Anhangſätze 92 a. e und a. f. für die Kaufbeſorgung *ähnliche* Beſtimmungen enthalten, wie die Landrechtsſätze 1142, 1146, 1147, 1184, verglichen mit 1107, ferner 1641, 1642, 1648 für den Kaufvertrag, ferner daß es bei Handelsleuten in Uebung iſt, daß ſie einander Nachricht geben, und es dem verkaufenden Handelsmann auch ſehr erwünſcht iſt, dieſe Nachricht zu erhalten, ſo ſtehen dieſe Sätze doch nicht mit den Grundſätzen und Beſtimmungen über Kaufverträge im Einklang, und geben für die Entſcheidungen des *Richters* in Kaufvertragsverhältniſſen keine Rechtsähnlichkeit ab. *Dietz.*

II.

Ueber Anſprüche aus einer versio in rem oder Geſchäftsführung.

Gräf gegen Lochmaier.

Martin Gräf liquidirte in dem Gante des Lochmaier eine Forderung für fünfzehnjährige Koſt, Wohnung, Verpflegung u. ſ. w., wurde jedoch in drei Inſtanzen abgewieſen. Die Entſcheidungsgründe des höchſten Gerichtshofes lauten wie folgt:

Der angeſtellten Klage gebricht es an einem Verpflichtungsgrund, denn die bloße Behauptung des Klägers, dem verſtorbenen Lochmaier vom Jahre 1820 bis 1835, alſo 15 Jahre lang, Koſt, Logis und ſonſtige Verpflegung in geſunden und kranken Tagen, auch wöchentlich 24 kr. Taſchengeld verabreicht zu haben, involvirt bei dem Thatumſtande, daß Kläger weder Gaſt- noch Speiſewirth iſt, und überhaupt von dem Gewerbe der Verköſtigung und Verpflegung Anderer ſeinen Lebensunterhalt nicht gewinnt, an ſich keine Rechts-Verbindlichkeit für deſſen Rechtsnachfolger, dafür täglich 30 kr. oder wieviel weniger, bezahlen, reſp. das angeblich verabreichte Taſchengeld wieder herausgeben zu müſſen, weil dieſe Leiſtungen aus Gründen erfolgt ſein können, die eine Forderung dafür ausſchließen, z. B. wenn ſie erfolgt wären aus reiner Humanität oder Liberalität*) oder aus andern Rückſichten oder ſelbſt aus einer Verbindlichkeit des Leiſtenden ꝛc.

Die Zahlungsverbindlichkeit will zwar geſtützt werden auf die gegen Schenkungen ſtreitende geſetzliche Vermuthung. Allein darin iſt nach der klaren Beſtimmung des Landrechtsſatzes 1352 nur ein Mittel enthalten, ſich von der Beweislaſt zu befreien; ſie enthält aber keinen Forderungstitel. Wenn Kläger in dieſer Inſtanz einen ſolchen Forderungstitel nachſchieben und eine versio in rem oder eine Geſchäftsführung behaupten will, ſo kann ſolches nach §. 1221 Nr. 5 der Proceßordnung nicht beachtet werden; denn es iſt darüber, wenn auch der eine oder andere Titel — vorausgeſetzt, die thatſächlichen Erforderniſſe hiezu wären vorhanden und begründet — die Forderung

*) Eine ſolche Liberalität kann ihren Grund in der Erkenntlichkeit für früher geleiſtete Dienſte oder in der Ausſicht haben, von dem Verpflegten dereinſt im Teſtamente bedacht zu werden. Fehlgeſchlagene Erwartungen der letztern Art begründen aber keinen rechtlichen Anſpruch. D. R.

Digitized by Google

fundiren könnte, in den vordern Inſtanzen weder verhandelt, noch entſchieden, und er kann ſonach in letzter Inſtanz nicht Gegenſtand der Entſcheidung ſein.

Eine Klage, die auf Thatſachen ſich ſtützt, die an ſich keine Anſprüche begründen, iſt in Rechten nicht gegründet und findet nach §. 358 der Proceßordnung nicht ſtatt.

Darum mußte, unter Berückſichtigung des §. 169 der Proceßordnung, den Koſtenpunkt betreffend, wie geſchehen erkannt werden.“ —

Hierbei erlaube ich mir folgende Bemerkungen:

1) Wenn in dritter Inſtanz verſucht wurde, die eingeklagte Forderung unter den Geſichtspunkt einer versio in rem oder einer negotiorum gestio zu bringen, ſo liegt darin nicht die Nachſchiebung einer Thatſache, ſondern nur eine rechtliche Begründung der in früheren Inſtanzen vorgetragenen Thatſachen*). Es konnte dieſe Rechtsausführung ſchon in den früheren Inſtanzen vorgetragen worden ſein, ohne daß die Akten etwas darüber enthalten, weil Rechtsausführungen nicht in den Akten beurkundet werden. Und gerade hier wurden dieſelben Rechtsgründe ſchon bei dem Großherzogl. Hofgericht, jedoch ohne Erfolg, geltend gemacht.

2) Ob die versio in rem als Verpflichtungsgrund nach unſerm Recht gelten könne, iſt von dem höchſten Gerichtshof nicht entſchieden worden. Nach römiſchem Recht kann daran nicht gezweifelt werden.

Thibaut's Pandekten §. 373.**)

Bei uns gilt römiſches Recht; ſo weit es nicht durch das Landrecht aufgehoben iſt.

2tes Einführungsedict §. 3.

Unſer Landrecht hat aber den allgemeinen Grundſatz des römiſchen Rechts in vielen Fällen zur Anwendung gebracht.

Art. 1239, 1241, 1312, 1381, 1864, 1926.

Die Auseinanderſetzung der geſetzlichen Gütergemeinſchaft beruht durchaus auf dieſem Grundſatz. Man muß daher denſelben auch bei uns als geltend annehmen.

3) Außerdem fällt die Verpflegung eines Andern auch unter den Geſichtspunkt der Geſchäftsführung. Landrechtsſatz 1375.*)

Brauer geht in ſeinen Bemerkungen zu dieſem Artikel von dieſer Anſicht aus. Er unterſcheidet zwiſchen der Verpflegung von verwandten und nicht verwandten Perſonen. Erſtere enthält die Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit, und ſchließt daher das Rückforderungsrecht aus; Landrechtsſatz 1235; in andern Fällen hingegen hält es Brauer für begründet.

Die bloße Möglichkeit, daß die Verpflegung aus Humanität geſchehen ſei, kann der Klage nicht im Wege ſtehen, wenn nicht die Schenkung erwieſen werden kann. Kann ja ſogar der unredliche Beſitzer die Verwendungen von dem Eigenthümer zurückfordern, warum nicht der Wohlthäter, der durch ſeine Verwendungen dem Andern Ausgaben erſpart, mithin ihn bereichert hatte?

X.

*) Im Eingange iſt aber nur angeführt, es ſei eine Forderung für 15jährige Koſt, Wohnung, Verpflegung ꝛc. liquidirt worden. Von weiteren Thatſachen geſchieht dort keine Erwähnung. Inſofern iſt alſo die Behauptung, daß die eine versio in rem oder eine Geſchäftsführung involvirenden Thatſachen ſchon in der Liquidation enthalten geweſen, nicht circumſtanzirt und nicht nachgewieſen, daß die Klage den Erforderniſſen des §. 247 der Proceßordnung entſprochen hatte. D. R.

**) Hier iſt nur von dem Fall die Rede, wenn der Sohn direct zum Nutzen des Vaters ein Geſchäft eingegangen oder das Erhaltene dazu verwendet hat. Der Vater wird ſonach aus einer nützlichen Geſchäftsführung ſeines Sohnes dem Dritten verpflichtet. Mögen nun auch dieſe Grundſätze auf die Geſchäfte eines Dritten mit einem Anderen zum Vortheil eines Dritten überhaupt Anwendung finden, ſo paſſen ſie doch nicht auf den vorliegenden Fall. D. R.

*) Aus einer Geſchäftsführung würde Liquidant etwa gegen den Dritten, welcher zur Ernährung und Verpflegung des Lochmaier rechtlich verpflichtet geweſen wäre, auf Erſatz der Auslagen (ein Lohn für Bemühungen iſt hierunter nicht begriffen) klagen können, weil ſich ſagen ließe, er habe das Geſchäft des Ernährungspflichtigen beſorgt und dieſen dadurch ſich verpflichtet. Daß übrigens die Ernährung und Verpflegung einer Perſon nicht unter den Begriff einer versio in *rem* falle, ſcheint ſchon die Nomenclatur allein zu verbürgen Da endlich auch kein Pfründvertrag zwiſchen Lochmaier und Gräf abgeſchloſſen war, ſo fehlte es dem fraglichen Anſpruch an jeglichem Rechtsgrunde.

D. R.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 5. Karlsruhe den 31. Januar 1846.

I.

Wie iſt die Beſtimmung des §. 669, Nr. 2, mit der des §. 670 der Proceßordnung zu vereinbaren? —

Nach geſchloſſener Beweiserhebung ſind bei einer regelrechten Proceßleitung die Verhandlungen über alle entſcheidende Thatſachen als geſchloſſen zu betrachten und es iſt daher geeigneten Falls mit dem Ausſchluß des Beweisausführungsvortrags nach §. 670 das Verſäumungserkenntniß und das Urtheil in der Hauptſache ſelbſt, in Urtheilsform zu erlaſſen. Weil aber der §. 669, Nr. 2, erklärt, daß Urtheile in Fällen, wo nach geſchloſſener Beweiserhebung eine Parthie bei dem weitern Verfahren nicht erſchienen iſt, oder ihre Vorträge verſäumt hat, *nicht als Verſäumungserkenntniſſe gelten*, ſo wird vielfältig behauptet, daß gegen den *Ausſchluß* mit den Beweisanfechtungs- und Ausführungsvorträgen keine Wiederherſtellung zuläſſig ſei.

Dieſe Behauptung dürfte jedoch unrichtig ſein. Die §§. 630 und 631 ſchreiben beim *ſchriftlichen* Verfahren vor, daß der Ausſchluß mit dieſen Vorträgen *angedroht* werden ſoll. Wenn alſo Derjenige, gegen den der Beweis geführt wird, ſeinen Vortrag verſäumt, ſo muß auf Antrag des Beweisführers der Ausſchluß ausgeſprochen werden. Dieſer Ausſchluß kann aber nicht zugleich mit Erlaſſung des Urtheils in der Sache ſelbſt durch ein Verſäumungserkenntniß in Urtheilsform geſchehen, weil die noch ausſtehende Beweisausführung nicht nothwendiger Weiſe in einer Antwort auf die Beweisanfechtung beſteht, vielmehr dem Beweisführer — dem vielleicht viel daran liegt, den Richter, der über die Beweisführung Zweifel haben kann, von der Vollſtändigkeit der Beweisführung zu überzeugen — einen großen Werth darein legt, noch einen beſondern von der Beweisanfechtung unabhängigen Ausführungsvortrag zu erſtatten, und weil die Verſäumniß des Gegners nicht auch zugleich für den Beweisführer das Signal ſein kann, daß er ſeines Beweisausführungsvortrags nun ebenfalls verluſtig iſt.

Der Richter kann daher *nur den Ausſchluß mit dem Beweisanfechtungsvortrag* und zwar *in einfacher Verfügung* ausſprechen.

Wird dieſer Vortrag innerhalb der Wiederherſtellungsfriſt nicht eingebracht, ſo wird auf Anrufen des Beweisführers oder des Gegners eine Friſt zum Beweisausführungsvortrag feſtgeſetzt, und wird dieſer ebenfalls verſäumt, ſo frägt es ſich, ob der Ausſchluß zugleich mit dem Erkenntniß in der Sache ſelbſt, alſo in Urtheilsform auszuſprechen iſt.

Daß der Gegner des Beweisführers auf rechtzeitiges Geſuch gegen ſein Verſäumniß wiederherzuſtellen iſt, kann keinem Zweifel unterliegen. Denn dieſer Fall iſt nicht dem §. 669, Nr. 2, zu ſubſumiren, da es ſich nicht um ein *Urtheil* handelt, und die Beſtimmung des §. 658 gibt ihm *ein Recht* auf Wiederherſtellung.

Hat aber dieſer Gegner ein ſolches Recht, ſo muß auch dem Beweisführer ſelbſt, welchem der §. 658 ebenfalls zur Seite ſteht, ſchon vermöge der Rechtsgleichheit der Parthien ebenfalls ein ſolches Recht zuſtehen. Der Beweisführer, dem, wie oben angeführt, ſehr viel an ſeinem Vortrag liegen kann, iſt möglicher Weiſe unverſchuldet von Erſtattung des Vortrags abgehalten, es wäre alſo widerrechtlich, wenn man ihm keine Wiederherſtellung gegen *ſeine* Verſäumniß zugeſtehen wollte,

Digitized by Google

zumal nirgends ſteht, daß die Wiederherſtellung ihm abgeſchnitten ſei.

Nun ſcheint ihm allerdings der §. 669 Nr. 2 entgegenzuſtehen; denn ſein Vortrag iſt der letzte, und es läge alſo der Fall des §. 670 Abſatz 2 vor, wornach das Verſäumungserkenntniß in Urtheilsform zugleich in der Hauptſache zu erlaſſen iſt, welches aber nach §. 669 Nr. 2 nicht als Verſäumungserkenntniß gelten ſoll und ſomit wäre ihm allerdings die Widerherſtellung abgeſchnitten.

Allein der §. 669 Nr. 2 ſpricht nur von Urtheilen in Fällen, wo eine Parthie nicht erſchienen iſt oder ihre Vorträge *verſäumt hat und damit auszuſchließen*, oder *ausgeſchloſſen worden* iſt.

Iſt eine Parthie mit ihren Vorträgen ausgeſchloſſen worden, ſo ſetzt dieſes immer auch eine Verſäumniß voraus; keineswegs iſt aber mit einer Verſäumniß immer auch ein richterlicher Ausſpruch auf Ausſchluß verbunden oder die nothwendige Folge davon; obgleich es unerläßlich iſt, daß der Richter, wenn ein geſetzlicher Rechtsnachtheil angedroht war und auf deſſen Ausſpruch angetragen wird, denſelben auch ausſprechen muß.

Sobald nach Lage der Akten ein *Urtheil* — der §. 669 Nr. 2 ſpricht nämlich nur von einem Urtheil, nicht von Verſäumungserkenntniſſen oder Ausſchlußverfügungen — *erlaſſen werden kann*, auf zwar vorgekommene Verſäumniß, aber ohne daß eine Ausſchlußverfügung oder Verſäumungserkenntniß zugleich mit zu erlaſſen iſt, ſo iſt dieſes Urtheil, eben weil nur eine Verſäumniß *ohne Ausſpruch eines Ausſchluſſes* vorliegt, nur ein Urtheil und kein Verſäumungserkenntniß.

Deshalb dürfte die richtige Anſicht die ſein, daß beim ſchriftlichen Verfahren gegen den ſäumigen Beweisführer ein Verſäumungserkenntniß in Urtheilsform erlaſſen werden muß, gegen welches er, wie gegen jedes andere Verſäumungserkenntniß, wieder hergeſtellt werden kann.

Man wird zwar einwenden, daß dann die Beſtimmung des §. 669 Nr. 2 umgangen werde oder zwecklos ſei; — allein mit Unrecht. — Der §. 669 N. 2 weist auf den 28. Titel der Pr.-O., wo nicht zu überſehen iſt, daß die Beweisanfechtung und Ausführung nicht nur *ſchriftlich* geſchehen kann — und von dieſem Fall iſt bisher geſprochen worden und nur da iſt ein Ausſchluß anzudrohen und auszuſprechen — ſondern auch mündlich.

Findet bei beiden Parthien oder auch nur bei einer *mündliches* Verfahren ſtatt, ſo iſt der Richter nach §. 653 der Pr.-O. nicht befugt, den Rechtsnachtheil des Ausſchluſſes anzudrohen, da dieſer geſetzlich nicht begründet iſt; er hat nur eine Tagfahrt oder eine Friſt zum Vortrag zu beſtimmen.

Erſcheint eine Parthie nicht oder verſäumt ſie ihre Vorträge, ſo iſt — da ein Ausſchluß nicht angedroht war, und daher auch nicht auszuſprechen iſt — auf Anrufen der Gegenparthie das Urtheil zu erlaſſen und dieſes Urtheil iſt kein Verſäumungserkenntniß, gegen dieſes Urtheil findet keine Wiederherſtellung ſtatt und *von dieſem Fall allein* ſpricht der §. 669 Nr. 2 der Pr.-O.

Dietz.

Anmerkung der Redaction.

Mir ſcheint es ziemlich klar, daß der §. 669 *Ausnahmen* von der im §. 658 aufgeſtellten *Regel* enthält. Wenn die Urtheile im Sinne des §. 669 nicht als Verſäumungserkenntniſſe *gelten* (obgleich ſie dieß zu ſein *ſcheinen*) ſo findet folgerichtig keine Wiederherſtellung dagegen ſtatt; wenn ſchon nach den §§. 630 und 631 der Ausſchluß angedroht und auf Anrufen auch ausgeſprochen werden muß, damit die endliche Erledigung der Sache nicht ſchlafen geht. Es läßt ſich hierfür als Grund anführen, daß in dieſem Stadium des Proceſſes nicht ſowohl Thatſachen vorzutragen, als die Ergebniſſe der Beweisführung auszubeuten ſind. Ungleich wichtiger und folgereicher iſt der Ausſchluß mit *Thatſachen* und *Beweiſen*, als jener mit bloßen *Deductionen* aus vorliegenden Thatſachen und Beweiſen. Der Geſetzgeber konnte, weil zwiſchen beiden Fällen ein ſehr weſentlicher Unterſchied beſteht, jenem Urtheile, welches gleichzeitig mit dem Ausſchluß der Beweisanfechtung oder Ausführung in der Hauptſache ſelbſt erfolgt, die Natur eines Verſäumungserkenntniſſes abſprechen, indem er ohne Zweifel unterſtellte, daß aus dem Mangel dieſer oder jener Deduction der betreffenden Partei kein erheblicher Nachtheil erwachſen werde. Da die §§. 628 und 630—32 unſtreitig auf ein *Wechſelverfahren* berechnet ſind, ſo möchte ſich zugleich behaupten laſſen, daß die Beweisausführung allemal hinwegfällt, wenn der Producent mit

Digitized by Google

der Anfechtung ausgeſchloſſen iſt. Dieſer Meinung ſpricht insbeſondere der §. 636, wornach dem Producenten die Beweisanfechtung mitgetheilt und demſelben eine Friſt für die Einreichung der Beweisausführung geſtattet werden ſoll — und die Betrachtung das Wort, daß auch eine Replik oder Beweiseinwendung nicht erhoben wird, wenn der Beklagte die Vernehmlaſſung oder der Probant die Beweisantretung verſäumt hat.

Da in der hier beſprochenen Lage des Rechtsſtreites weder die Ausnahme des §. 415 der Pr.-O., noch jene des Art. 5 der Novelle eintreten kann, ſo muß zufolge §. 671, mit dem Ausſchluß, er betreffe die Beweisanfechtung oder die Ausführung, zugleich in der Sache ſelbſt erkannt werden. Gegen dieſes Urtheil, welches nach §. 669 Nr. 2 nicht als Verſäumungserkenntniß gilt, findet alsdann nicht die einfache Wiederherſtellung des §. 658, ſondern nur das geeignete Rechtsmittel an den höhern Richter ſtatt, während umgekehrt gegen ein wirkliches Verſäumungserkenntniß nicht dieſes Rechtmittel, ſondern nur jene Wiederherſtellung zuläſſig iſt.

D. R.

II.

Aus dem Gantproceß.

1) **Bedarf der Vormund oder Pfleger der obervormundſchaftlichen Ermächtigung, um Behufs der Ganteröffnung Namens ſeines Pflegbefohlenen die im §. 814 Ziff. 1. der Proceßordnung bezeichnete Erklärung abzugeben.**

Bei den Vormundſchaften über Minderjährige dürfte der unterſtellte Fall nicht häufig vorkommen, deſto leichter aber bei den Vormundſchaften über Entmündigte (L.R.S. 505, 509) und bei den Vormundſchaften über die ebenfalls den Minderjährigen gleichgeſtellten Mundtodten des zweiten Grades (L.R.S. 513a), wohin nach beſtehendem Geſetz (§. 27 des Strafedikts) auch die Zuchthausſträflinge während der Dauer ihrer Strafzeit gehören *), ſo wie auch bei den Pflegſchaften über Abweſende.

*) Anders das neue Strafgeſetz, in deſſen §. 17 unter den dort aufgezählten Folgen der Zuchthausſtrafe die fragliche Wirkung nicht angeführt iſt, was für unſre Zeit, die jeder unnöthigen Bevormundung widerſtrebt, keiner Rechtfertigung bedarf.

Der Einſender.

Daß die obervormundſchaftliche Ermächtigung im bezeichneten Falle nöthig erſcheint, ergibt ſich aus Folgendem:

Es iſt zwar eine ſolche Ermächtigung nirgends im Geſetz, beſonders und ausdrücklich gefordert. In der Pr.-O. §. 814 Ziff. 1. wird nur gefordert, daß der zahlungsunfähige Schuldner ſelbſt ſeine Vermögensunzulänglichkeit bei Gericht anzeigt oder ſein Vermögen den Gläubigern abtritt. Daß auf den Ausdruck „ſelbſt“ hier in dieſer Geſetzesſtelle Gewicht gelegt werden muß und demgemäß für den für den Schuldner auftretenden Bevollmächtigten Specialvollmacht, bezugsweiſe eine beſonders auf Eröffnung des Gantverfahrens lautende Vollmacht, erforderlich iſt, glaube ich in den Annalen Jahr 1844 Nr. 21, Seite 165 genügend dargelegt zu haben. Es kann indeſſen keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß auch die Vertreter ſolcher Perſonen, welche unter Vormundſchaft geſtellt ſind, im Falle des Bedarfes die Ganteröffnung auf dem Wege der Pr.-O. §. 814 Ziff. 1 herbeiführen dürfen. Sie vertreten ja in allen bürgerlichen Rechtsgeſchäften die Perſon ihrer Pflegbefohlenen und zwar, ſoweit ſie nicht das Geſetz beſonders beſchränkt, ſelbſtſtändig (L.R.S. 450) und es iſt einleuchtend, wie das Intereſſe des Pflegbefohlenen ſelbſt manchmal die zeitige Ganteröffnung erheiſchen kann.

Wie läßt ſich nun die Nothwendigkeit der Ermächtigung geſetzlich begründen?

1) So oft Liegenſchaften zum Vermögen des Pflegbefohlenen gehören, ein Fall, der ſehr häufig vorhanden ſein wird, handelt es ſich hier jedesmal um eine Veräußerung von Liegenſchaften, es ſchlägt daher in ſolchem Fall der L.R.S. 457 verglichen mit §. 19 des II. Einführungsediktes hier ein. Das Vermögen des Gemeinſchuldners wird zwar nicht unmittelbar an die Gläubigerſchaft (L.R.S. 1269 Pr.-O. §. 824) aber doch durch Vermittelung derſelben, bezugsweiſe ihrer Vertreter, veräußert.

2) Die freiwillige Abtretung des Vermögens an die Gläubiger (Landrechtsſatz 1265 fgd. Proceßordnung §. 814 Ziffer 1) enthält einen Vergleich zwiſchen dem Gemeinſchuldner und den Gläubigern. Ein Vergleich iſt nach Landrechtsſatz 2044 ein Vertrag, wodurch die Parteien einen ſchon entſtandenen Rechtsſtreit beilegen, oder einem beſorglichen zuvorkommen. Beiderlei Vertragszwecke,

Digitized by Google

jedenfalls der eine oder andere, treffen bei der freiwilligen Vermögensabtretung auf Seiten des Gemeinſchuldners zu, und ebenſo auf Seiten der Gläubiger. Wenn auch die Gläubiger die Vermögensabtretung in der Regel nicht ganz ablehnen, bezugsweiſe geradezu verhindern können (Landrechtsſatz 2070), ſo ſtellt ſich die gemäß Proceßordnung §. 814 Ziffer 1 herbeigeführte Vermögensabtretung ihrem Weſen nach immerhin als eine Uebereinkunft dar, wenn man auf der einen Seite das in dem Antrag des Gemeinſchuldners auf Gant oder Vermögensabtretung liegende Anbieten der im Geſetz (Landrechtsſatz 1269 u. ſ. w.) begründeten Rechte gegen Erlangung der geſetzlichen Vortheile (Landrechtsſatz 1270. Proceßordnung §. 938 u.ſ.w.) auf der anderen Seite aber die in der Einlaſſung der Gläubiger auf die Gant liegende Annahme des Anerbietens gehörig in das Auge faßt. Läßt ſich kein Gläubiger auf die Gant ein, erſcheint Keiner um die angebotene Maſſe (nach geſetzlicher Ordnung) zu ſeiner Befriedigung verganten zu laſſen (Landrechtsſatz 1269) ſo fällt die Vergantung von ſelber weg. *)

3) Daß die obervormundſchaftliche Ermächtigung hier eingeholt werden muß, entſpricht auch, vom Standpunkt des bei uns beibehaltenen Syſtems der Obervormundſchaft aus betrachtet, unverkennbar der Natur der Sache, indem die Ganteröffnung wichtige Folgen nicht blos für das Vermögen, ſondern auch für die Perſon des Pflegbefohlenen mit ſich bringt (man denke an §. 13 Ziffer 3 der Gemeindeordnung) ja ſogar wegen des Wegfallens des ganzen pflegſchaftlichen Vermögens der ganzen Verwaltung des Vormundes in der Regel ein Ende macht, ein Ziel, welches mancher Vormund aus Läſſigkeit, Ueberdruß oder ſonſtigen Gründen gegen das Intereſſe ſeines Pflegbefohlenen zu beſchleunigen geneigt ſeyn möchte, weßhalb es ungeeignet wäre, ihm hier die Entſcheidung allein zu überlaſſen.

E. Brauer.

*) Bei dieſer Ausführung iſt die Anſicht zu Grunde gelegt, daß bei allen Klagen der Minderjährigen, welche liegenſchaftliche Rechte betreffen, gleichwie bei Theilungsklagen, nicht aber bei anderen Klagen, die obervormundſchaftliche Ermächtigung rechtlich nothwendig iſt, eine Anſicht, welche ebenſowohl den klaren Geiſt und Buchſtaben des Landrechtes, als auch den Geiſt des II. Einführungsedictes für ſich, das (früher erlaſſene) Organiſationsreſcript von 1809 aber nicht gegen ſich hat, und auch in der Inſtruction für Vormünder (Reg. Blatt 1838 S. 113) von Großh. Juſtizminiſterium gebilligt worden iſt. Der Wortlaut des II. Einführungsedictes iſt zwar nicht ſo beſtimmt und klar, als es zu wünſchen wäre, übrigens würde er bei einſeitig wörtlicher Auffaſſung ohne Rückſicht auf den Geiſt des II. Einführungsedictes, wie er ſich aus der Vergleichung der einſchlägigen Beſtimmungen im Zuſammenhang (§. 5. 15. 19. 20.) ergibt, mittelſt des §. 20 folgerecht dahin führen, daß zu keinerlei Proceßführung des Pflegbefohlenen obervormundſchaftliche Ermächtigung nöthig ſei, was die Regierung des Unterrheinkreiſes auch hinſichtlich der Proceßführung in zweiter Inſtanz geltend macht. Die nähere Erörterung dieſes Gegenſtandes gehört nicht hierher. Vergl. auch Annalen 1834 Nr. 14. S. 83.

Der Einſender.

III.

2) Wie ſind die Beſtimmungen der Proceßordnung über die Kundmachung des Gantedictes und des Präcluſivbeſcheides in öffentlichen Blättern (§§. 854, 859. 939 Ziff. 3) zu verſtehen und anzuwenden?

Die Vorſchriften unſerer Proceßordnung über öffentliche Bekanntmachung des Gantedictes und des Ausſchlußbeſcheides (Präcluſivbeſcheides) ſind nach ihrer Stellung im Geſetze und nach ihrer Faſſung der Gefahr unrichtiger Anwendung ausgeſetzt, und es ſcheint auch ſolche unrichtige Anwendung nicht ſelten vorzukommen. Es dürfte daher die Erörterung dieſes Gegenſtandes, auf welchen auch das verdienſtliche Werk von L. Stempf über das Gantverfahren nicht näher eingegangen iſt, hier am Platze ſein.

Nach dem Geſetze ſind vor Allem größere und kleinere Ganten zu unterſcheiden. Da die bei den Discuſſionen zum §. 854 der Proceßordnung in der zweiten Kammer der Landſtände gemachten Vorſchläge, dem Richter irgend ein äußeres Erkennungszeichen zur Beurtheilung des Unterſchiedes an die Hand zu geben, Vorſchläge freilich, die nicht ſehr glücklich ausfielen, keine Berückſichtigung fanden, ſo hängt die Unterſcheidung im einzelnen Falle ganz vom richterlichen Ermeſſen ab, welches übrigens nicht blos die Größe der Maſſe und der bekannten Ueberſchuldung, ſondern auch die Verhältniſſe der Perſonen, des Ortes, der Zeit u. ſ. w. hiebei in Anſchlag zu bringen haben wird.

1. Größere Ganten.

Hier iſt neben dem vorgeſchriebenen öffentlichen Anſchlag der allgemeinen Beſtimmung der Proceßordnung §. 275 entſprechend:

Digitized by Google

A. das Gantedict

1) in das Provinz-Anzeigeblatt,
2) die Zeitung der Reſidenzſtadt, wofür nach Regierungsblatt 1834 S. 243 die „Karlsruher-Zeitung" gilt,
3) eine weitere nach dem muthmaßlichen Aufenthalt des Vorzuladenden zu wählende Zeitung

} dreimal einzurücken.

B. den Ausſchlußbeſcheid

in die nämlichen Blätter, aber immer nur einmal.

Vergl. Proceßordnung §§. 854. 859.

II. Kleinere Ganten.

In Bezug auf dieſe beſtimmt §. 854 Abſatz 2:

„In kleineren Ganten, wo das Vorhandenſein entfernter Gläubiger nicht zu vermuthen iſt, genügt die Einrückung in das Provinz-Anzeigeblatt."

Hiezu kommt §. 939 Ziff. 3, wo für kleinere Ganten weiter beſtimmt iſt:

„daß zur Erſparung der Koſten die Kundmachung in öffentlichen Blättern nur einmal, und zwar hinſichtlich der Vorladung zur Schuldenliquidation (§. 853) geſchehe."

Hienach ſind bei kleineren Ganten, diejenigen Ganten, wo das Vorhandenſein entfernter Gläubiger zu vermuthen iſt, von denen, wo ſolches nicht zu vermuthen iſt, verſchieden zu behandeln. Nur für erſtere Art der Ganten wird die Kundmachung in den drei oben bezeichneten Blättern gefordert. Der §. 854 ſpricht nur vom Gantedict, da jedoch §. 859 hinſichtlich des Präcluſivbeſcheides auf die zur Bekanntmachung des Gantedictes erwählten Blätter zurückweiſt, ſo findet er auch auf den Ausſchlußbeſcheid Anwendung. Hierüber iſt das Geſetz klar. Die Unterſcheidung im einzelnen Fall bleibt auch hier ganz dem richterlichen Ermeſſen anheimgeſtellt. Die Ganten der Handelsleute (mit Ausſchluß der geringen Landkrämer) die Ganten der bedeutenderen Geſchäftsleute u. ſ. w. werden meiſt in die erſtere Ordnung, die Ganten der gewöhnlichen Landleute aber in die andere Ordnung zu ſetzen ſein. (In Bezug auf Letztere ſcheint nach dem Inhalt öffentlicher Blätter zu ſchließen ſehr häufig gegen den Geiſt des Geſetzes und die Pflicht der Koſtenerſparung geſündigt zu werden.)

Nicht ſo klar als §. 854 iſt die zweite der oben abgedruckten Geſetzesſtellen, der dem §. 939 als Ziffer 3 von der Commiſſion der zweiten Kammer beigebrachte Zuſatz. Betrachtet man ſeinen Wortlaut, in Vergleichung mit den ſonſtigen Beſtimmungen des Gantverfahrens, ſo muß man faſt nothwendig zu der Auslegung geführt werden: daß der Ausdruck „nur einmal" nicht das einmalige Abdrücken, die Einrückung in einer einzigen Nummer des betreffenden Blattes, bezugsweiſe der Blätter, bezeichnet, vielmehr darauf geht, daß nur einmal (bei einem Anlaß) die Kundmachung in öffentlichen Blättern Statt finden ſoll, nämlich beim Gantedict, nicht aber beim Ausſchlußbeſcheid. Dieß ſind ja die beiden einzigen Anläße in unſerem Gantverfahren, wo ſonſt regelmäßig die öffentliche Kundmachung Platz greift. Das Aufforderungsverfahren des §. 844 folgende ſetzt den beſonderen Fall verweigerter Gewährung liegenſchaftlichen Gantvermögens von Seiten des Ortsgerichtes, die in §. 915 hinſichtlich der Verkündung des Ganturtheils getroffene Beſtimmung dagegen einen der Fälle des §. 272. 273 voraus, Fälle die nur ausnahmsweiſe vorkommen. Erwägt man nun, daß der Ausſchlußbeſcheid immer nur einmal eingerückt wird, ſo wird man ohne offenbaren Sprachzwang kaum zu einer anderen als obiger Auslegung kommen können. Man könnte dieſe Auslegung, wornach blos die Kundmachung des Ausſchlußbeſcheides in öffentlichen Blättern wegfiele, noch dadurch unterſtützen, daß man darauf hinwieſe, wie ſolche Kundmachung des Ausſchlußbeſcheides unſerem früheren Gantverfahren ohnehin fremd war (ſ. v. Weilers Motive S. 75) wogegen hinſichtlich des Gantedictes dreimalige Kundmachung in je dreier Herren Lande gemeinrechtlich *) hergebracht war, und hinſichtlich ſonſtiger öffentlicher Bekanntmachungen, wie gering auch ihr Gegenſtand ſeyn mag, nach der allgemeinen Vorſchrift der Prozeß-Ordnung §. 275 ſtets dreimalige Einrückung in die Blätter eintritt, was auch augenſcheinlich dem Zweck entſpricht, weil eine nur einmal eingerückte Bekanntmachung allzu leicht dem Leſer durch Zufall entgehen kann. Beim Ausſchlußbeſcheid kommt hiebei in Betracht, daß die Hauptkundmachung ſchon vorherging.

Dennoch erſcheint dieſe Auslegung nicht als die richtige. Aus Bekks Commiſſionsbericht, zu §. 940 bezugsweiſe

*) Ueber das früher in Baden vorgeſchriebene vergl. zehntes Organiſations Edict §. 56, auch Regierungsblatt 1806 S. 87.

Der Einſender.

Digitized by Google

939, Verhandlungen der Ständeverſammlung II. Kammer im Jahr 1831, 12tes Beilagenheft S. 108, läßt ſich entnehmen, daß man durch den frrglichen Zuſatz wirklich die Einrückung des Gantedictes auf eine einmalige, in einer Nummer des Blattes, beſchränken wollte, die Beſtimmung hinſichtlich der Einrückung des Ausſchlußbeſcheides aber, welche ſchon allgemein auf einmaligen Abdruck beſchränkt iſt, nicht noch mehr beſchränken wollte. Letzteres ergibt ſich auch aus dem nämlichen Bericht zu §. 859, wo die öffentliche Verkündung des Ausſchlußbeſcheides als etwas Neues, aber mit Rückſicht auf die Verfügungen des 30ſten Titels über die Wiederherſtellung ſehr Zweckmäßiges gerühmt wird. Vergl. auch v. Weilers Motive zu §. 859 S. 75, wo die öffentliche Bekanntmachung aus gleicher Rückſicht ſogar für nothwendig erklärt wird. Da der fragliche Zuſatz von der Commiſſion der zweiten Kammer ausging und in der Kammer hierüber nicht weiter verhandelt wurde, ſo erſcheint das Obige gegen die erſterwähnte Auslegung, ſo viel ſie auch ſonſt für ſich hätte, um ſo mehr entſcheidend.

Das Ergebniß in Betreff der kleineren Ganten iſt alſo überſichtlich dieſes:

1) bei zu vermuthendem Vorhandenſein entfernter Gläubiger iſt

A. das Gantedict
in die oben unter I. A bezeichneten dreierlei Blätter einmal einzurücken,

B. der Ausſchlußbeſcheid
desgleichen in die nämlichen Blätter einmal;

2) bei nicht zu vermuthendem Vorhandenſein entfernter Gläubiger iſt

A. das Gantedict
in das Provinz-Anzeigeblatt einmal,

B. der Ausſchlußbeſcheid
desgleichen in das nämliche Blatt einmal einzurücken.

Die vorſtehende Erörterung bezweckt übrigens keineswegs einer allzu buchſtäblichen Anwendung der im Geſetze gegebenen Beſtimmungen das Wort zu reden. Der Richter hat ſich im einzelnen Falle die geſetzlichen Vorſchriften, die ſein freies richterliches Ermeſſen nur leiten, nicht hemmen ſollen, deßhalb klar zu vergegenwärtigen, um von dem ihm gegebenen Spielraum einen angemeſſenen freien Gebrauch zu machen.

Das Geſetz verordnet einmalige Einrückung im Anzeigeblatt für die letzte Klaſſe der Ganten als das geringſte, überall unerläßliche Maaß ſolcher Kundmachung. Wo ein Amtsblatt oder ſonſt ein geeignetes Ortsblatt allgemein in der Gegend geleſen und zu Anzeigen benützt zu werden pflegt, ein Blatt, worin die Kundmachung mit geringen Koſten vollzogen werden mag, da wird der Richter in vielen Fällen wohl daran thun, die einmalige Einrückung in demſelben nebenbei anzuordnen, um ſo mehr, da unſere Anzeigeblätter bekanntlich in Bezug auf allgemeines Bekanntwerden des Verkündeten im Volke ihren Zweck ziemlich unvollkommen zu erreichen pflegen. Das Geſetz ſteht einer ſolchen Anordnung nicht im Wege, denn in der Befugniß die Verkündung noch auf weitere Blätter auszudehnen, iſt das geringere Maaß von ſelbſt enthalten. Die Einrückung in koſtſpielige Blätter dagegen wird, freilich immer mit gebührender Rückſichtsnahme auf das Intereſſe der etwa zu vermuthenden Gläubiger, thunlichſt zu vermeiden ſein.

Eduard Brauer.

IV.

Muß dasjenige Gericht, bei welchem der allgemeine Gerichtsſtand erſter Inſtanz begründet iſt (§. 7 der Pr.-O.), die Wahl als Schiedsgericht auch in den Fällen annehmen, in welchen ſchiedsrichterliche Entſcheidung durch das Geſetz geboten iſt?

L.R.S. 51,
§§. 187, 197 der Pr.-O.

Ludwig P. und Peter B. . . . errichteten im Jahre 1825 eine Lichter-, Seifen- und Spezereihandlung in Eberbach, welche ſie bis zum Jahre 1837 gemeinſchaftlich betrieben. Am 3. Auguſt 1837 lösten ſie den Geſellſchaftsvertrag vom 21. Mai 1825 auf und im Januar 1845 reichte Ludwig P. bei dem Amte Eberbach eine Klagſchrift ein, in welcher er vortrug, Peter B. befinde ſich noch im Beſitze des geſammten Geſellſchaftsvermögens und verſtehe ſich nicht dazu, ihm, dem P., ſeinen Antheil an dieſem Vermögen auszuliefern. Da nun dieſe Klage eine Handelsgeſellſchaft bezugsweiſe Streitigkeiten

Digitized by Google

zwiſchen Handelsleuten in einer Handelsangelegenheit betreffe, ſich mithin vor Schiedsrichter eigne, ſo haben beide Theile auf das Amt Eberbach compromittirt, welchem er auf den Grund des

A. S. 51 und des §. 197 der Pr.-O.

ſeine Klage zur Entſcheidung vortrage u. ſ. w.

In dem mit der Klagſchrift vorgelegten Schiedsvertrage vom December 1844 iſt am Schluſſe bemerkt:

„Weil derartige Forderungen durch Schiedsrichter verhandelt und abgeurtheilt werden müſſen, ſo ſind beide Theile dahin übereingekommen, daß ſie:

1) das Großherzogl. Badiſche, Fürſtl. Leiningen'ſche Bezirksamt Eberbach als Schiedsgericht erwählen,"

Auf dieſe Klage verfügte das Amt Eberbach unterm 30. Januar 1845:

„Der Fall des §. 197 der Pr.O. liegt hier nicht vor; denn Streitigkeiten zwiſchen Handelsgeſellſchaftern ſind den ordentlichen Gerichten entzogen, weßhalb das Amt Eberbach abgeſehen vom Schiedsvertrage zur Entſcheidung dieſer Sache unzuſtändig wäre; die Annahme des Schiedsrichteramtes wird daher abgelehnt.

Hiergegen führte der klägeriſche Anwalt aus, das Amt Eberbach ſei die ordentliche Gerichtsbehörde des Beklagten, alſo habe es die Wahl als Schiedsgericht— anzunehmen. Nachdem jedoch das Amt wiederholt ausgeſprochen hatte, zur Annahme nicht verpflichtet zu ſein, weil derartige Streitigkeiten den bürgerlichen Gerichten entzogen ſeien, es alſo ohne den Schiedsvertrag nicht in erſter Inſtanz zuſtändig wäre, ſo legte Kläger gegen den amtlichen Beſchluß vom 30. Januar 1845 das Rechtsmittel der Appellation ein.

Das Großherzogl. Hofgericht des Unterrheinkreiſes beſtätigte aber durch Urtheil vom 13. Auguſt 1845 (II. Civ. Senat) jene amtliche Verfügung aus folgenden Gründen:

In A. S. 51 iſt die Entſcheidung von Streitigkeiten zwiſchen Handelsgeſellſchaftern durch Schiedrichter geboten, mithin dieſe Entſcheidung der Gerichtsbarkeit*) der ordentlichen bürgerlichen Gerichte entzogen.

L.R.S. 6k,

§. 137 der Pr.-O.

Das ordentliche Gericht des Beklagten war hiernach für dieſen Rechtsſtreit nicht zuſtändig, mithin auch nach

§. 197 der Pr.-O.

nicht verbunden, das Schiedsrichteramt anzunehmen.

Wenn es aber den Parteien freiſtünde, die Entſcheidung von Fällen, welche das *Geſetz* an Schiedsrichter gewieſen hat, dennoch dadurch vor die ordentliche bürgerliche Gerichte zu bringen, daß ſie dieſe als Schiedsrichter wählen könnten, ſo würde der Zweck des Geſetzes durch jene Uebereinkunft geradezu vereitelt, was nach L.R.S. 1133 nicht geſtattet iſt.*)

Die Erkenntniſſe der beiden vordern Inſtanzen wurden durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 7. Januar 1846, Nr. 91 (I. Senat) beſtätigt und dieſes ward im Folgenden begründet:

„Der hier in Frage liegende Streitgegenſtand iſt kein ſolcher, welcher nach der *Wahl* der Parteien von dem ordentlichen Richter *oder* von Schiedsrichtern entſchieden werden könnte, ſondern der Satz 51 des Handelsrechts *gebietet*, daß er durch Schiedsrichter entſchieden werden *müſſe*; hiermit iſt die Unzuſtändigkeit der ordentlichen Civilgerichte ausgeſprochen; es kann daher für den Kläger keine Beſchwerde darin liegen, wenn das Amt das Schiedsrichteramt abgelehnt hat."

Stempf.

V.

Anfrage.

N klagte gegen J zwei verfallene Termine von einer Schuld ad 20 fl. ein, deren dritter Termin noch nicht fällig war. J läugnete zwar nicht, dem Kläger die 20 fl. ſchuldig geworden zu ſein; allein er ſchützte die Einrede

*) Gerichtsbarkeit (die von der Staatsgewalt verliehene Befugniß zur Ausübung der Rechtspflege) iſt die allgemeine Bedingung der Zuſtändigkeit, dieſe aber der Beruf zur Ausübung der Gerichtsbarkeit in einer einzelnen Sache. Nur der Mangel der Zuſtändigkeit kann durch Uebereinſtimmung der Parteien gehoben werden. Vergl. Annalen 1845 Nr. 25 I. am Schluſſe (pag. 194).

*) Das Großherzogl. Oberhofgericht hat jedoch in neuſter Zeit angenommen, die geſetzliche Anordnung, daß Streitigkeiten zwiſchen Handelsgeſellſchaftern vor Schiedsrichtern geſchlichtet werden ſollen, beruhe *nur auf Gründen der Zweckmäßigkeit*, nicht aber auf Gründen der Staatsordnung und ſchließe die Einwirkung der Gerichte auf derlei Streitigkeiten keineswegs abſolut aus; eine Prorogation an die Gerichte ſei daher auch in Streitigkeiten unter Handelsgeſellſchaftern zuläſſig. S. Jahrb. n. Folge IX. erſtes Heft pag. 15—18 und Note.

Digitized by Google

der Zahlung unter Vorlage einer Quittung vor, welche ſo lautete:

Ich habe heute, den 1. Jänner von J (dem Beklagten) 23 fl. erhalten.

N. N.

Kläger widerſprach, die Quittung dem Beklagten ausgeſtellt zu haben; es kam zu einer Schriftvergleichung, und das einſtimmige Gutachten der Schriftkundigen erklärte die Quittung als von der Hand des Klägers geſchrieben. Es wurde aber dagegen in Erwägung:

1) daß nach L.R.S. 1322 eine Urkunde ohne Ort und Jahr ihrer Ausſtellung, wie die producirte Quittung, nicht vollſtändig beweist;

2) daß nach §. 451 der Pr.-O. der Richter dem Producenten den Erfüllungseid in jedem Falle auflegen muß, wenn das Gutachten der Schriftkundigen zu ſeinem Gunſten ausfällt, und nur wenn beſondere Gründe gegen die Annahme der Aechtheit der Urkunde ſtreiten, den Produkten zum Abläugnungseid zuzulaſſen hat; — dem letzteren das Abläugnungshandgelübde von Amtswegen aufgelegt, weil in Betracht, daß einmal die vorliegende Quittung formell ſehr mangelhaft, die den Schuldbetrag ausdrückende Zahl einer Fälſchung höchſt verdächtig, und nebenbei über 3 fl. mehr, als die ganze klägeriſche Forderung betrug — quittirt, auch ein Termin der theilweiſe eingeklagten Schuld zur Zeit nicht einmal fällig war — hinreichende Gründe für den Richter vorlagen, um die Quittung als unächt anzunehmen.

Dieſe an ſich unbedeutende Entſcheidung gibt Stoff zu folgenden zwei Fragen:

1) Iſt die Entſcheidung der Vorſchrift des §. 451 gemäß?

2) Iſt der Abläugnungseid nach unſerm Proceßrechte ein Nebeneid oder ein Haupteid?

Außer dem Zeugeneid kennt die Proceßordnung keine Art der gemeinrechtlichen Nebeneide; deſſen ungeachtet ließe ſich möglicherweiſe aus der Wortfaſſung des §. 451 folgern, daß der Abläugnungseid auch nach unſerm Proceßrechte, wie nach dem gemeinen (Martin, Civilproceß §. 214) als Nebeneid behandelt werden müßte; dort heißt es nämlich: Wenn beſondere Gründe gegen die Annahme der Aechtheit einer Urkunde vorliegen, ſo ſei, wenn ſchon das Gutachten für die Aechtheit ſpreche, der Produkt dennoch zum Abläugnungseid zuzulaſſen. Wenn nun der Geſetzgeber die Abſicht hatte, den Abläugnungseid als Haupteid zu betrachten, ſo hätte er ſtatt des Ausdruckes „Abläugnungseid“ im Gegenſatze von Erfüllungseid die allgemeine Bezeichnung Reinigungseid gebrauchen können. Es findet ſich ferner nirgend eine Spur, wo der Abläugnungseid als angetragener Eid erwähnt wird. Es möchte daher wohl zweifelhaft ſein, ob dieſe eigene Art des Eides als Haupteid, oder aber als Nebeneid zu betrachten ſei, und daher von der Gegenpartei nicht zugeſchoben, ſondern nur immer von Richteramtswegen aufgelegt werden könne? —

Schmidt.

Antwort der Redaction.

Zu 1. Der §. 451 der Pr.-O. ſetzt voraus, daß die abgeläugnete Privaturkunde formell beweiskräftig und materiell erheblich ſei; denn iſt dieß nicht der Fall, ſo hat der Richter keinen vernünftigen Grund nach ihrer Aechtheit zu fragen, weil die Urkunde, auch als ächt angenommen, nichts beweiſen würde. Bedenkt man nun, daß die oben beſprochene Scriptur weder den Empfang einer Zahlung beſcheinigt, noch der Summe nach mit der Schuld des Beklagten übereinſtimmt, noch irgend ein Datum enthält, ſo iſt zwiſchen der Schuld und der ſogenannten Quittung gar kein Zuſammenhang erſichtlich und jedenfalls unwahrſcheinlich, daß der Beklagte eine erſt zu zwei Drittel verfallene Schuld von 20 fl. mit 23 fl. abgetragen haben ſollte. Der Beklagte hätte mit jenem Schein, in welchem freilich die causa debendi mangelt, eben ſo gut eine Gegenforderung als die Einrede der Zahlung geltend machen können, indem deſſen Inhalt ungefähr gleich viel und gleich wenig für die eine wie für die andere auszudrücken ſcheint. Der Richter würde daher beſſer daran gethan haben, das in §. 451 der Pr.-O. vorgezeichnete Verfahren ganz zu umgehen und dem Beklagten nach Maßgabe des Art. 7 der Novelle zum Nachtrag anderweiten Beweiſes der Zahlung eine Friſt zu beſtimmen oder ihn, nach Umſtänden, ſofort zu verurtheilen.

Zu 2. Der Diffeſſionseid, welcher den Römern nicht bekannt war, wird von den Rechtslehrern verſchieden angeſehen. Bald hält man ihn für einen Haupteid, bald für ein juramentum calumniae, bald für keines von beiden. Eigentlich ſteht er für ſich allein, mit und in ſeinem eigenen Gebiet und Weſen, durch die Reichsgeſetze im Allgemeinen gebilligt, durch den Gerichtsgebrauch und die Landesgeſetze aber regulirt. Martin, bürg. Proc. §. 203, Note 3. Archiv für civil. Praxis, Bd. II. S. 318 ff.

Nach unſerem Particularrecht erſcheint der Diffeſſionseid bald als Notheid, bald als Haupteid, da er ſowohl vom Richter amtshalber auferlegt, als von dem Producenten dem Produkten über Wahrheit oder Nichtwiſſen zugeſchoben werden kann. Pr.-O. §§. 444 und 451.

D. R.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro. 6. Karlsruhe den 7. Februar 1846.

I.

1) Kann ein Minderjähriger einen von ihm allein eingegangenen Vertrag auch dann anfechten, wenn er nicht verkürzt iſt? Ja.

2) Wird ein Minderjähriger auch gegen einen Vertrag ſeines Vormunds blos wegen erlittener Verkürzung reſtituirt? Ja.

Nach der Verſicherung des Artikels über L.R.S. 1314 in den vorjährigen Annalen pag. 324 iſt über dieſe Fragen ſeit der Unterſuchung in Nr. 39 vom Jahr 1838 in dieſen Blättern nichts mehr vorgekommen.

Dieſer Artikel hat den Zweck, jene frühere Ausführung zu entkräften; er dürfte ihn aber ſchwerlich erreicht haben.

Seit dem Jahr 1838 iſt aber die 4te Auflage Zachariäs erſchienen, welche abermals eine andere Meinung dieſes Rechtslehrers bringt — die dritte oder vierte. Zachariä hat nun die frühere Anſicht, daß der Mündel gegen die Handlungen ſeines Vormunds nicht reſtituirt werde, aufgegeben — und behauptet nur noch, daß der Minderjährige als ſolcher überhaupt nur wegen Verletzung einen Vertrag anfechten könne.

Eine andere Meinung hat Stabel (Vorträge Seite 159) aufgeſtellt und, wie ſich erwarten läßt, geiſtvoll begründet.

Ich weiß nun nicht, warum der Artikel in den vorjährigen Annalen von dieſen Fortſchritten der Theorie nichts erwähnt — und halte ſchon deßhalb eine weitere Unterſuchung für gerechtfertigt.

Ueberdieß ſind aber — wenigſtens für Baden — wie mich däucht, die gewichtigſten Momente noch nicht geltend gemacht worden, und dieſe Meinung ermächtigt mich, dieſe Paläſtra zu betreten.

Ich kenne den hiſtoriſchen Boden der Frage in ſo ferne nicht vollſtändig, als ich den Inhalt der Ordonance von 1539 nicht kenne — auch habe ich die von Zachariä citirten Schriftſteller nicht zur Hand, glaube aber, daß ſich die Sache ohne dieſe Hülfsmittel abthun laſſe.

Der klarern Durchſchauung wegen will ich zunächſt das rein franzöſiſche und dann das badiſche Recht erörtern.

Obwohl Zachariä, wie geſagt, ſeine frühere Meinung aufgegeben, und ſonach die von Sander vertheidigte Anſicht großentheils angenommen hat, ſo will ich ſie doch noch einmal näher prüfen, theils, weil ſie, wie der vorjährige Artikel der Annalen S. 324 zeigt, noch nicht allgemein aufgegeben iſt, theils weil eine gründliche Unterſuchung des Willens des Geſetzes dadurch bedingt iſt.

I. Franzöſiſches Recht.

Nach dem Zeugniß Malevilles galt in dem Bereich dieſer Frage in Frankreich früher das römiſche Recht, und es war die Abſicht der Redactoren dieſes im Ganzen aufrecht zu erhalten.

Das römiſche Recht hatte den Grundſatz, daß der Mündel durch einen sine tutoris auctoritate eingegangenen Vertrag gar nicht verpflichtet werde. L. 13 §. 29 D. de act. emti vend. (19, 1). Man kann dieſen Grundſatz für einen unbeſchränkten in Beziehung auf das franzöſiſche Recht gelten laſſen, denn die Diſtinction zwiſchen dem mündigen und unmündigen Mündel, mit oder ohne Curator, findet bei ihm nicht ſtatt. Da in dieſem Grundſatz nicht auch liegt, daß ein Vertrag eines minor nicht gelte, der Vertrag als ſolcher vielmehr unter das allgemeine Geſetz geſtellt iſt, ſo gilt auch nach römiſchem Recht ein von dem minor geſchloſſener Vertrag. Beide Grundſätze zuſammengenommen ergeben nun das practiſche

Digitized by Google

Reſultat, daß der minor durch einen Vertrag zwar Rechte erwirbt, aber keine Verbindlichkeit überkömmt. Er braucht alſo einen Vertrag, den er geſchloſſen, nicht erſt anzufechten, um ſich von dem Vollzug deſſelben zu befreien, oder den Vollzug wieder zu vernichten — er hat die rei vindicatio, wenn er zufolge eines ſolchen Vertrags eine Sache weggegeben hat. Er braucht alſo auch nicht einmal eine Verletzung nachzuweiſen, ſein, resp. ſeines Vormunds Wille, entſcheidet allein, ob ein Vertrag des minor Wirkung haben ſolle oder nicht.

Daneben gibt aber das röm. Recht dem minor auch eine Reſtitution gegen alle Handlungen ſeines Vormunds, oder des minor ſelbſt, welche zwar dem ſtrengen Recht nach beſtehen, wobei aber der minor verletzt worden iſt.

Dieſe Grundſätze galten im Allgemeinen in Frankreich, als man den Code civ. abfaßte; ſie ſollten im Allgemeinen auch im Code civ. gehandhabt werden.

Wenn man ſich nun an unſere Rechtsquelle ſelbſt wendet, ſo iſt zuförderſt die Nomenklatur des Code civil ins Aug zu faſſen.

In dieſer Beziehung erinnere ich an das, was Zachariä hierüber ſagt; es iſt nur noch zu bemerken, daß auch noch die art. 1116 und 1117 zu den Belegen des unſicheren Sprachgebrauchs des Code civil zu zählen ſind, in welch letztem die action en nullité und die action en rescission ſogar als synonime gebraucht ſind.

Dieſer Umſtand ſcheint mir in ſofern von großer Bedeutung zu ſein, als er beweißt, daß die Redacteurs die Worte ſtreng zu ſcheiden nicht beabſichtigten und er ſonach vermuthen läßt, daß bei ihnen auch keine ſtrenge Sonderung der dadurch repräſentirten Begriffe beſt nd.

Dieſe Vermuthung erhält auch dadurch noch eine beſondere Stärke, daß, wo die l'action en nullité und die l'action en rescission neben einander erwähnt ſind, nicht geſagt wird *l'action* en n. **et** *l'action* en r., ſondern immer nur l'action en nullité **ou** en resc. — alſo ohne et ſondern mit einem ou, und ohne daß das Wort action das zweitemal wiederholt würde, wie es geſchehen müßte, wenn von zwei Klagen correct geſprochen würde. cf. art. 1304 und die Ueberſchrift davor. Derſelben Erſcheinung begegnet man im art. 1234, wo von nullité und rescission gleichfalls geſprochen wird, als ob ſie ſich nur im Namen unterſchieden.

Wenn man nun ſchon in der Terminologie der section VII die wünſchenswerthe Präciſion vermißt, ſo zeigt ſich auch in der Methode dieſer section manches Unlogiſche; ſo z. B. iſt die Exiſtenz des art. 1310 ein logiſcher Fehler — die section handelt nämlich nur von der Nichtigkeit der convention und es iſt daher hier ſicher nicht am Platz, von Delicten zu reden, ſie von der Regel auszunehmen, unter der ſie gar nie ſtunden.

Wenn ich dieß als einen logiſchen Fehler bezeichne, ſo ſoll damit dem Geſetzgeber indeſſen kein ſchwerer Vorwurf gemacht werden, daß er die fragliche Beſtimmung gab, und daß er ſie hier gab. Er hatte wohl Grund dazu, und konnte ſie auch hier als am paſſendſten Ort anknüpfen, und wenn er in der Ueberſchrift der section der beiden Endworte des conventions weggelaſſen, oder beſſer noch durch die ohnehin paſſenderen (cf. art. 1234) Worte des obligations erſetzt hätte, ſo wäre nicht einmal in dieſer Beziehung etwas zu erinnern. Ich mache nur deßhalb auf dieſen Umſtand aufmerkſam, um zu zeigen, daß hinter dem art. 1305 auch noch ſolche Dispoſitionen ſich befinden, die auf eine lésion keinen Bezug haben. Dies wird auch durch den art. 1311 beſtätigt, denn auch dieſer art. bezieht ſich höchſtens nur theilweiſe auf eine lésion, und durch den art. 1312.

Das Schema, nach welchem nun die section geordnet iſt, ergibt ſich hienach wie folgt:

1) Anfang und Dauer der Anfechtungsklagen art. 1304.
2) Reſtitution des *minor* wegen einer einfachen Verkürzung art. 1305, 1306.
3) Verſchiedene hierher (d. h. in dieſe section) gehörige Puncte art. 1307 — 1312 incl.
4) Reſtitution der Großjährigen und derer, die ihnen gleich ſtehen art. 1313 und 1314.

Die section bezieht ſich auf ſehr verſchiedene Gegenſtände, die alle in andern Stellen des Geſetzbuchs näher beſtimmt ſind; ſie gibt nur diejenigen Beſtimmungen, welche allen Anfechtungsklagen gemein ſind; nur die Beſtimmung des art. 1305 macht hievon eine Ausnahme. Darüber, wer zu einer Anfechtungsklage berechtigt ſei, ſagt ſie, vorbehaltlich dieſer Ausnahme, nichts; mit Ausnahme des minor wird bei allen andern auf andere Stellen verwieſen; hienach hat die section vorzugsweiſe eine beziehende

Digitized by Google

Eigenſchaft, und dieſe muß bei ihrer Interpretation wohl ins Auge gefaßt werden.

Es frägt ſich nun, in wieweit ſie auch bezüglich des minor dieſe beziehende Eigenſchaft habe?

Die Beantwortung dieſer Frage enthält die Entſcheidung der fraglichen Controverſe.

Die oberſte Interpretationsregel iſt, ein Geſetz als logiſches Ganzes zu interpretiren, alſo jedem einzelnen Theil ſeine volle Geltung zu laſſen, deren er nach andern Beſtimmungen fähig iſt.

Die conſequente Anwendung dieſer Regel auf unſern Fall ergibt uns nun als oberſten Grundſatz, daß:

„wo immer dem minor ein Anfechtungsrecht eingeräumt ſein mag, ſolches ſo lange unverkümmert beſtehen bleiben muß, als es, und zwar zunächſt dem Wortlaut nach, beſtehen kann, ohne daß es andere Beſtimmungen beeinträchtige.“

Der art. 1125 in Verbindung mit art. 488, 1123 und 1124 ſagt nun ſowohl direct als indirect — arg. a contrario — aufs Beſtimmteſte, daß ein minor nicht contrahiren könne, und daß er einen Vertrag anfechten könne, den er geſchloſſen habe. Der art. 1125 enthält übrigens eine Beſchränkung dieſer Regel dahin, daß der minor nur anfechten könne dans les cas prévus par la loi. Man könnte verſucht ſein, dieſe Stelle ſo zu verſtehen, als ob der Geſetzgeber nur in beſtimmten Fällen — alſo ausnahmsweiſe — die Anfechtung geſtatte, die Nichtanfechtung nach ſeinem Willen alſo Regel ſein ſolle. Allein dieſer Auffaſſung ſtehen zwei Gründe im Weg — einmal die unmittelbar zuvor ausgeſprochenen, ganz allgemeinen Regeln der art. 1123 und 1124, welchen gegenüber eine Ausnahme gewiß eine Lächerlichkeit wäre, welche die ſo allgemein ausgeſprochene Regel beinahe vollſtändig verſchlingen würde, zum andern die zwiſchen dem minor und den Ehefrauen und Interdicirten gezogene Parallele. Die Frau — nach art. 217 — und der Interdicirte — nach art. 502 wenigſtens — ſind, die erſte beinahe, der letzte vollſtändig unfähig zu Verträgen; würde man nun den art. 1125 ſo verſtehen, als ob er nur ausnahmsweiſe eine Anfechtung geſtatten wolle, ſo würde er wenigſtens bezüglich dieſer Perſonen mit den fraglichen Stellen collidiren; wenn aber der art. rückſichtlich dieſer Perſonen nicht ſo verſtanden werden kann, ſo läßt er dieſe Auffaſſung auch bezüglich des minor nicht zu.

Man muß ihn alſo dahin verſtehen:

„daß die hier ausgeſprochene Unfähigkeit trotz der allgemeinen Faſſung des art. 1124 doch keine abſolute ſei, vielmehr Fälle vorkommen können, wo auch die Genannten gültige Verträge ſchlöſſen, und in dieſer Beziehung das Nähere aus den beſondern Beſtimmungen zu erheben ſei.“

Auch der Sinn läßt ſich aus dem Satz 1125 entnehmen, daß der Vertrag eines Minderjährigen ſo lange beſtehen ſolle, bis er ihn anfechte.

Was nun insbeſondere den minor anbelangt, ſo gibt es — wie nur halb Interdicirte — auch Gewaltsentlaſſene, und überdieß auch noch beſondere Fälle, in welchen er vollgültig vertragt. art. 1308 und 1309, die Beſchränkung hat alſo, auch in Beziehung auf ihn einen guten Sinn, welcher meiner Anſchauung nicht im Mindeſten ſchädlich iſt. Der art 1123 — 1125 gibt alſo im Allgemeinen — vorbehaltlich beſonderer Beſchränkungen — jedem minor das Recht einen von ihm allein geſchloſſenen Vertrag anzufechten. Wenn nun danach der minor ein Anfechtungsrecht hat, ſo wäre es zum Mindeſten ſehr überflüſſig geweſen, wenn dieſes Recht in der section VII dem minor abermals eingeräumt worden wäre; dieſe section, welche im Allgemeinen beziehender Natur iſt, konnte und mußte ſogar dort das ſchon erwähnte Anfechtungsrecht des minor ſo gut als bekannt vorausſetzen, als ſie es rückſichtlich der Ehefrauen und Interdicirten, und anderer, nicht einmal erwähnter Perſonen und Fälle gethan hat, und thun mußte. Die section erwähnt ja auch derjenigen nicht, welche in dem letzten Satz des art. 1124 genannt ſind, ſie erwähnt ja auch nicht der Fälle der Nichtigkeit wegen Zwang, Irrthum ꝛc. und doch zweifelt Niemand daran, daß ſie dennoch normirt ſind.

Soll alſo der Satz 1305, oder irgend ein anderer die früher aufgeſtellte Regel beſchränken, oder beſſer geſagt, aufheben, ſo wäre dieß ſtrengſtens zu beweiſen, und die Beweislaſt trifft alſo den, der dieß behaupten will.

Dieſe Beſchränkung iſt nun in zweifacher Beziehung verſucht worden:

einmal hat man geſagt, daß das Geſetz überhaupt eine Reſtitution dem minor nur dann gewähre, wenn er ohne Vormund gehandelt habe (Meinung der III. Auflage des Buchs von Zachariä); —

ſodann ſoll der minor überhaupt nur wegen einer Ver-

Digitized by Google

letzung eine Anfechtungsklage haben. (Meinung der IV. Auflage des bezeichneten Buchs.)

Zuvörderſt iſt nun die erſte der gedachten Meinungen zu prüfen.

Aus dem Satz 1305 iſt es ganz unmöglich, den Beweis einer Beſchränkung zu liefern. Er ſpricht ganz allgemein, daß die lésion eine Anfechtung dem Minderjährigen begründe, und ſagt durchaus nichts davon, daß der *minor* keine andere Anfechtungsklage haben ſolle, wie er dieß denn auch gar nicht ſagen konnte, weil es ſich von ſelbſt verſteht, daß der minor auch dann anfechten kann, wenn er hintergangen, oder gezwungen worden iſt, oder, wenn der Ehemann der minorennen Frau nicht zugeſtimmt hat.

Dieſer Satz beſchränkt alſo ſeinem Wortlaut und ſeinem Sinn nach den minor gewiß nicht — in Beziehung auf die Praxis wird aber umgekehrt er ſelbſt in ſo ferne von jenem Satz 1124 beſchränkt, als er nicht zur Anwendung kömmt, wenn der minor einen beſſern Klaggrund hat, wie z. B. auch der major einen Kauf, wobei er verletzt wurde, gewiß nicht mit der rescissio ob laes. enormem anfechten wird, wenn er dazu gezwungen wurde, und ihm der Beweis des Zwanges leichter iſt; wer wollte aber daraus, daß ihm die rescissio wegen Verkürzung gegeben iſt, folgern, daß er die a. quod metus causa nicht haben dürfe?

Will man aus dem art. 1305, weil er dem minor, wenn er verletzt iſt, die Reſtitution gibt, p. arg. a. contrario folgern, daß er den Vertrag als nichtig wegen art. 1124 nicht anfechten dürfe, ſo kann man ebenſogut daraus folgern, daß der minor einen Vertrag nicht anfechten dürfe, zu dem er gezwungen wurde. Abgeſehen von dieſer Monſtroſität darf aber das arg. a. contr. nur dort angewendet werden, wo die gegebene Regel vermuthen läßt, daß über ſie hinaus das Gegentheil gelten ſolle, es enthält alſo eine bloße Induction — wie aber will man eine Vermuthung einem ſo beſtimmten Ausſpruch des Geſetzes (art. 1124) gegenüber feſtſtellen?!

Zachariä ſagt, in der 3. Auflage, daß aus dem zweiten Theil des art. 1305 ſeine Meinung (3ter Auflage) ſich unbezweifelt ergebe. — Da er ſeinen Grund nicht näher entwickelt und ich dort keinen finde, ſo kann ich ihn natürlich nicht mit Sicherheit bekämpfen, doch ſcheint er mir ſeine Behauptung darauf zu ſtützen, daß, weil der Emanzipirte nur bei jenen Verträgen reſtituirt werde, bei wechen er eines Beiſtands bedarf, dieſe aber gültig ſeien, wenn er mit dem Beiſtand gehandelt habe, gefolgert werden müſſe, das Geſetz unterſtelle bei ſeiner Disposition, daß der Emanzipirte allein gehandelt habe. — Zuvörderſt ſehe ich nicht recht ein, warum er ſein Räſonnement nicht ebenſogut auf den 1. Abſatz gegründet habe, dann aber iſt zu erinnern, daß ja gerade der Satz, welchen er damit beweiſen will, daß nämlich die Reſtitution des Satzes 1305 nur dann ſtatt finde, wenn der minor allein gehandelt habe — in dieſer Beweisführung als petitio principii erſcheint; das iſt ja hier gerade die Frage:

ob ein Vertrag der mit dem Vormund zugleich abgeſchloſſen wurde, trotz einer Verletzung gültig ſei?

Ferner ſollen nach Zachariäs Anſicht die Sätze 1305—1311 den Beweis erbringen, weil ſie offenbar unterſtellen, daß der minor allein gehandelt habe — aber auch in dieſer Argumentation zeigt ſich ſogleich der ſchon gerügte Fehler. Er räſonirt dabei nämlich wie folgt: Dieſe Artikel haben den Zweck, die Reſtitution des minor ob laesionem näher zu regeln; ſie gehen dabei immer von dem Gedanken aus, daß der minor allein gehandelt habe, folglich (?) muß angenommen werden, daß die Reſtitution nur in dieſem Fall gegeben werde. Dieſem Räſonement liegt nicht einmal ein argum. a contrario, oder eine gleichſtarke Vermuthung zum Grund, ſondern eine viel ſchwächere, die in keinem Fall nothwendig zu der daraus abgeleiteten Conſequenz drängt. Es bedarf aber hier eines ſtrengern Beweiſes um dem Art. 1124 das von ihm vindicirte Terrain zu entziehen. Aber abgeſehen davon iſt auch hier der an die Spitze geſtellte Satz falſch. Die Art. 1307 — 1311 haben keineswegs den Zweck ausſchließlich die Reſtitution des Satzes 1305 zu regeln; ſie beziehen ſich vielmehr auf Alles, auf was ſie vermöge ihres Inhalts bezogen werden können, ſie können aber großentheils danach nicht bloß auf die Nichtigkeitsklage des minor bezogen werden, ſondern der Art. 1311 muß ſogar darauf bezogen werden — und es läßt ſich bei keinem einzigen nachweiſen, daß er nur auf die Reſtitution des Art. 1305 bezogen werden dürfe. Der Art. 1311 insbeſondere ſagt gleichfalls davon nichts: obwohl er nur in Beziehung auf den minor, nicht auch von dem Vormund ſpricht. Die Sätze 1307 — 1311 vertragen ſich alſo ſämmtlich mit der Annahme, daß der minor, welcher allein vertrage,

Digitized by Google

die Nichtigkeitsklage habe. Daran genügt es dieſer Theorie vollkommen, denn zu ihrer **Begründung** bedarf ſie dieſer Sätze nicht. Abgeſehen aber davon geht aus der bloßen Exiſtenz des art. 1310 in Mitte dieſer Sätze, und aus der vagen Terminologie, der durchgängigen Unbeſtimmtheit der ganzen section, und dem allgemeinen Inhalt dieſer Sätze zur Genüge hervor, daß die Redacteurs bei jeder einzelnen Dispoſition durchaus nicht an eine ſcharfe Scheidung der Rechtsmittel dachten, ſondern darauf, die Fälle zu beſtimmen, in wechen dieſe Rechtsmittel unzuläſſig ſeien, wobei ſie denn natürlich die Frage, ob der Regel nach die eine oder andere Klage ſtattfinde, — ob der minor allein, oder mit dem Vormund gehandelt, — ob er wegen Verletzung oder wegen ſeiner Unfähigkeit anfechte, — als eine höchſt müſſige gar nicht zu beachten hatten. Umgekehrt ließe ſich aber aus dem art. 1311 ein Argument gegen die Anſicht Zachariäs ableiten, wenn dabei wirklich ſtatt fände, was Zachariä meint, daß nämlich derſelbe unterſtelle, der minor habe ohne Vormund gehandelt, wozu übrigens kein genügender Grund exiſtirt, denn in dieſem Fall wäre ja nachgewieſen, daß der minor als ſolcher eine Nichtigkeitsklage, im Gegenſatz der Reſtitution habe. Daß der bloße Umſtand, daß die art. 1307 folgende hinter dem art. 1305 ſtehen, uns nicht beſtimmen könne, ſie nur mit dieſem art. 1305 in Verbindung zu bringen, auf welche Verbindung die ganze Deduction der Gegner als auf ihre Baſis ſich fußt, erhellt wie geſagt aus der bloßen Exiſtenz des art. 1310 und 1312, und 1311 bei welchen der Geſetzgeber an eine lésion theils gar nicht, theils nicht ausſchließlich denken konnte; es erhellt aber dieß ferner auch noch aus der Redeweiſe des Geſetzgegers in dieſer ganzen section, da er überall, wo er eine Dispoſition auf die lésion bezieht, dieß ausdrücklich ſagt. art. 1306, und 1313 — wo er alſo ſeiner Dispoſition dieſe beſchränkte Beziehung nicht gibt, muß ſie auch in der ganzen buchſtäblichen Allgemeinheit genommen werden, der ſie fähig iſt. Der art. 1308 kann allerdings benützt werden, um zu beweiſen, daß der minor, der Kaufmann iſt, ſeine Handlungen dann nicht anfechten dürfe, wenn er allein gehandelt hat, allein dieſe mögliche Beziehung iſt nicht der Grund ſeines Erſcheinens in dieſer section, ſondern es iſt dieſer Grund nur in der Erleichterung der Ueberſicht der die Rechtsverhältniſſe des minor beſtimmenden Regeln zu ſuchen; nur deßhalb wurde hier der art. 487 wiederholt. Daß dieß, und nur dieß der Grund ſeiner Aufnahme in dieſe section iſt, geht unwiderleglich daraus hervor, daß die Regel des art. 1305 ſich gar nicht auf den Fall des art. 1308 erſtreckte, weil hier ja ein minor gar nicht exiſtiren ſoll vermöge der geſetzlichen fiction des art. 487. Aehnlich verhält ſich der art. 1309; man kann daraus freilich darthun, daß der minor, wenn er ohne ſeinen Pfleger den Heirathscontract eingegangen iſt, ihn nicht anfechten könne, alſo auch nicht wegen einer etwaigen lésion, man kann aber nicht daraus beweiſen, daß der Geſetzgeber ſich gedacht habe, daß die restitution wegen lésion dadurch bedingt ſei, daß der minor allein gehandelt habe, weil das ja gerade die Frage iſt, ob der minor — der Regel nach — nicht auch ohne lésion, wegen bloßer Unfähigkeit eine rescission verlangen könne, die vorläufige Verneinung dieſer Frage aber vorausgeſetzt wird, wenn man den art. nur auf die lésion bezieht, und darauf hin dann für die Reſtitution wegen lésion folgert. Man kann aus dieſem Satz weder für die eine, noch für die andere Meinung das Mindeſte gewinnen.

In eben dieſe Klaſſe der für dieſe Frage indifferenten Sätze gehört im ungünſtigſten Fall der art. 1312. Ich ſage im ungünſtigſten Fall, weil man dieſſeits wohl verſucht ſein könnte, ihn gegen Zachariä (III. Auflage) zu kehren. Die Worte en ces qualités, die ſich auch auf les mineurs beziehen könnten, nämlich beſonders bei der offenbaren Parallele zwiſchen ihnen und den Ehefrauen ꝛc., die ja keine Reſtitution ob laesionem haben, auch ſo gedeutet werden, daß ſie ſtrengſtens auf die Eigenſchaft als minor bezogen würden, woraus ſich dann gleichfalls entnehmen ließe, daß der Geſetzgeber unterſtelle, daß der minor als ſolcher reſtituirt werde, alſo ganz abgeſehen von allem Weitern, alſo auch von einer lésion. Allein dagegen ließe ſich vielleicht erinnern, daß die ganze section nicht mit der gehörigen Präciſion gedacht und gefaßt wurde, eine ſolche Argumentation aber gerade darauf ſich fußen müßte.

Sander hat für die hier vertheidigte Meinung auch noch das arg. aus L.R.S. 1315 angerufen.

(Schluß folgt.)

Digitized by Google

II.

Oberhofgericht.

Erläuterung des L.R.S. 716. Was iſt ein Schatz (thesaurus), was nicht?

In einem bei dem Großherzogl. Oberhofgericht anhängig geweſenen Rechtsſtreite des Löwenwirthes Bernhard Hößig zu Kadelburg, gegen den Joſeph Iſele von Uilingen, Herausgabe eines Schatzes betreffend, kam dieſe Frage zur rechtlichen Erörterung. Der Kläger hatte den Beklagten am 22. Februar 1840 das Kronenwirthshaus zu Kadelburg mit ſämmtlichen Fahrniſſen verkauft; als vier Tage ſpäter, nämlich am 26. deſſelben Monats in einer Oeffnung des ſogenannten Kellerhalſes ein Geldſäckchen mit 1387 fl. 14 kr. entdeckt, und von dem Hauskäufer in Anſpruch genommen wurde.

Letzterer gründete ſeinen Anſpruch an dieſes Geld auf die Behauptung:

1) daß er das fragliche Haus mit allen Fahrniſſen erkauft habe, und daß unter dieſen Fahrniſſen auch das im Hauſe aufgefundene Geld begriffen ſei, und

2) daß das Geld die Eigenſchaft eines Schatzes habe, welcher ihm nach L.R.S. 716 gebühre, weil er ſchon durch den am 22. Febr. 1840 abgeſchloſſenen Kaufvertrag Eigenthümer des Hauſes geworden ſei, in welchem dieſer Schatz gefunden wurde.

Das Großherzogl. Oberhofgericht hat jedoch in ſeinem Urtheile vom 10. December 1845 — in Uebereinſtimmung mit den Erkenntniſſen der vordern Inſtanzen — den Hauskäufer mit ſeinem dießfallſigen Anſpruche abgewieſen, und das Eigenthum an dem gefundenen Gelde dem Kläger als Verkäufer des Kronenwirthshauſes in Kadelburg zuerkannt.

Die oberhofgerichtliche Entſcheidung wurde auf folgende Gründe gebaut:

Da ſich nach L.R.S. 536 der Verkauf eines Hauſes *mit Allem, was ſich darin befindet*, nicht auf die in dem Hauſe befindlichen Baarſchaften erſtreckt, ſo iſt die von dem Beklagten erhobene Widerklage jedenfalls in ſo weit unbegründet, als ſie auf die Behauptung geſtützt war, daß er das dem Kläger Widerbeklagten gehörigen Kronenwirthshaus mit *allen* Fahrniſſen erkauft habe, indem das in dieſem Hauſe befindliche baare Geld nicht unter dieſen Fahrniſſen begriffen iſt.

Es kann ſich daher bei der rechtlichen Beurtheilung der von dem beklagten Widerkläger erhobenen Beſchwerde nur noch um die Frage handeln:

„ob dieſes Geld die Eigenſchaft eines Schatzes habe?“ indem nach L.R.S. 716 der Schatz als eine herrenloſe Sache Eigenthum desjenigen iſt, in deſſen Boden er gefunden wurde.

Nach dem L.R.S. 716 iſt ein Schatz eine verborgene oder vergrabene Sache, welche bloß durch einen Zufall entdeckt wird, nnd an welchem Niemand ein Eigenthum darthun kann. Wenn gleich das in dem Keller des dem Wiederkläger gehörigen Hauſes gefundene Geld in einem in der Mauer befindlichen Loche verborgen war, und dort nur zufällig entdeckt wurde, indem Handelsmann Thoma, nachdem er von der Verletzung der Siegel an der Kellerthüre Kenntniß erhalten hatte, ſich mit den beiden Wächtern nicht in der Abſicht, einen Schatz zu ſuchen, ſondern nur um nachzuſehen, ob nichts entwendet worden ſei, in den Keller begab: das Finden dieſes Geldes mithin einem bloßen Zufalle zuzuſchreiben iſt, ſo fehlt es doch an dem weitern Erforderniſſe, indem der Wiederbeklagte rechtsgenüglich nachgewieſen hat, daß dieſes Geld von ihm verborgen wurde, daß es mithin ſein Eigenthum iſt.

Dieſer Beweis gründet ſich zwar nur auf Vermuthungen: da indeſſen nach L.R.S. 1348 der Zeugenbeweis auch in allen Fällen zuläſſig iſt, wenn ein Recht und eine demſelben correſpondirende Verbindlichkeit unter Umſtänden begründet wurde, welche die Errichtung einer ſchriftlichen Urkunde unthunlich machten, ein ſolcher Fall aber dann vorhanden iſt, wenn derjenige, welcher eine Sache verborgen hatte, die von einem andern gefunden wurde, ſein Eigenthumsrecht an dieſer Sache geltend macht, und da nach L.R.S. 1353 in Fällen, in welchen der Zeugenbeweis zuläſſig iſt, auch der Beweis durch Vermuthungen zugelaſſen werden muß, ſo kann die Zuläſſigkeit des Beweiſes durch Vermuthungen in dem vorliegenden Falle keinem Zweifel unterliegen.

Zachariä Handbuch des franzöſiſchen Civilrechts B. 1, §. 200. Note 7. — B. 4, §. 701 Note 5.
Toullier, tom 4. Nr. 36.
Duranton droit civil, tom. 4. Nr. 311.
Proudhon du domaine de propriété Nr. 398.
Bocleux commentaire ad art. 716.

Digitized by Google

Aus den vorliegenden wichtigen und zuſammentreffenden Vermuthungen geht aber der vollſtändige Beweis hervor, daß der Widerbeklagte das in Frage ſtehende Geld verborgen hat, daß er mithin Eigenthümer dieſes Geldes iſt.

Dafür ſpricht nämlich:

a) zunächſt der Umſtand, daß er erſt vier Tage vor dem Funde das Haus, in welchem das Geld gefunden wurde, an den Widerkläger verkauft hatte, und daß er zur Zeit des Fundes noch ein Zimmer dieſes Hauſes bewohnte, während der Widerkläger daſſelbe noch gar nicht bezogen hatte. Die hieraus hervorgehende Vermuthung wird aber

b) dadurch unterſtützt, daß dieſes Geld erſt in der neuern Zeit verborgen wurde; dieß ergibt ſich nämlich theils daraus, daß es in gangbaren Münzſorten, nämlich zum größten Theil in Kronenthalern und in Conventionsthalern beſtand, theils daraus, weil es nicht eingemauert, ſondern nur in einem offenen, in der Mauer befindlichen Loche verſteckt war, weßhalb es, wenn es ſchon längere Zeit dort verborgen geweſen wäre, ſchon früher entdeckt worden ſein würde.

c) Das Verbergen dieſes Geldes durch den Widerbeklagten erklärt ſich aber auch ganz natürlich durch die Lage, in welcher er ſich damals befand. Wegen eines an ſeinem Vater verübten Gelddiebſtahls in Unterſuchung gezogen, mußte ihm daran gelegen ſein, das in ſeinem Beſitze befindliche Geld der gerichtlichen Nachforſchung zu entziehen, und es deßhalb zu verbergen, weil durch den Beſitz dieſes Geldes, über deſſen rechtmäßigen Erwerb er keine genügende Nachweiſung geben konnte, der bereits gegen ihn vorliegende Verdacht noch verſtärkt worden wäre. Der Vater des Widerbeklagten erklärte zwar bei der damals eingeleiteten Unterſuchung, als ihm das gefundene Geld vorgezeigt wurde, daß es nicht das ihm Entwendete ſei und die Angabe des Widerbeklagten, daß er ſich dieſes Geld ſchon ſeit langer Zeit nach und nach erſpart habe, entbehrt aller Wahrſcheinlichkeit. Indeſſen wird hiedurch die Vermuthung, daß der Widerbeklagte das gefundene Geld verborgen hatte, nicht entkräftet, indem ſein Vater gleichzeitig angab, daß er als gewiß annehmen möchte, daß unter dem gefundenen Gelde auch ſolches begriffen ſei, welches ihm vielleicht ſchon ſeit vielen Jahren entkommen ſei, und wegen deſſen er ſeinen Sohn Bernhard, den Widerbeklagten, im Verdacht habe, weßhalb es möglich iſt, daß der Letztere dieſes Geld ſchon früher ſeinem Vater entwendet habe, daß er aber Anſtand nehmen mußte, dieſe Art des Erwerbs anzugeben, weil er ſich hiedurch eines Diebſtahls angeklagt haben würde.

d) Die Vermuthung, daß der Widerbklagte dieſes Geld in die Mauer des Kellerhalſes verborgen hatte, wird aber auch noch dadurch beſtärkt, daß er in jener Nacht, in welcher die an der Kellerthüre angelegten Siegel verletzt worden waren, von dem Wächter Heinrich Häſſig dreimal mit einem Lichte in der Hand in der Nähe des Kellers betreten wurde, indem hiedurch die Vermuthung begründet wird, daß er damals die Siegel des Kellers verletzt habe, um ſich wieder in den Beſitz des in dem Kellerhalſe verborgenen Geldes zu ſetzen, woran er jedoch durch die Dazwiſchenkunft des Wächters Heinrich Häſſig verhindert wurde.

e) Endlich ergibt ſich aus der Depoſition des Handelsmanns Thoma und des Wächters Brunner, daß dem Widerbeklagten das Verbergen dieſes Geldes nicht unbekannt war, indem beide bei der gegen denſelben wegen Diebſtahls eingeleiteten Unterſuchung im Weſentlichen übereinſtimmend angaben, daß er, nachdem wegen dieſes Fundes Lärm entſtanden war, aus ſeinem Haus gekommen, und geäußert habe:

„Was gibts? das Geld iſt mein.“

Da hienach das in Frage ſtehende Geld weder unter den, dem Widerkläger von dem Widerbeklagten verkauften Fahrniſſen begriffen war, noch als ein Schatz im geſetzlichen Sinne dieſes Wortes angeſehen werden kann, weil der Widerbeklagte ſein Eigenthum an dieſem Gelde rechtsgenüglich nachgewieſen hat, der Widerkläger ſomit nicht als beſchwert erſcheint, wenn er mit der erhobenen Klage abgewieſen wurde, ſo. ꝛc.

Dr. Löw.

III.

Anfrage.

Die Sätze 1690 und 2214 unſeres Landrechtes bedingen zur Erlangung allſeitiger Rechtskraft einer Rechtsabtretung deren Verkündung an den Schuldner; wer hat nun aber in unſerem Lande dieſe Verkündung zu beſorgen? Keine organiſche Beſtimmung ſetzt deßhalb etwas feſt;

Digitized by Google

darum wird auch von dem einen Bezirksamte fragliche Verkündung bewerkſtelligt, indem es die Doppelſchrift der Eingabe dem Schuldner durch den Gerichtsboten zuſtellen läßt, und die Eingabe ſelbſt an Rechtsnehmer mit Beurkundung des Gerichtsboten über vollzogene Verkündung zurückgibt; während ein anderes Bezirksamt auf ein ſolches Anſinnen verfügt: „Geht an Einſender zurück mit dem Bemerken, daß die Beurkundung rechtlicher Handlungen außer dem Geſchäftskreiſe des Amtes liege, ſoweit ſolche nicht zum Zweck der Entſcheidung ſtreitiger Gegenſtände nöthig ſei. Sonach wird dieſes Amt meinen, daß ſolche Eröffnungen zum Geſchäftskreiſe der Amtsreviſorate gehören.

Die Amtsreviſorate haben zwar allerdings die Beurkundung der Rechtsgeſchäfte, aber in dem aufgeworfenen Falle handelt es ſich nicht um Beurkundung eines Rechtsgeſchäftes, ſondern blos um Verkündung eines ſolchen an einen Dritten; alſo durchaus nicht um eine Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

In Frankreich beſorgt ſolche Verkündungen der Huiſſier; ſollte bei uns deſſen Stelle in dem vorgeſetzten Falle nicht am entſprechendſten und zweckdienlichſten durch den Gerichtsboten erſetzt betrachtet werden? Wenigſtens würde auf dieſem Wege die Verkündung ohne aufſchiebende Anſtände, ohne ſo viel Zeit- und Koſtenaufwand — wie dieß der Fall durch Beſorgung des Amtsreviſors oder deſſen Gehülfen und den zwei Zeugen wäre — vorangehen.

L.

Anmerkung der Redaction.

Der L.R.S. 1690 fordert eine feierliche Bekanntmachung, welche nach Brauer Erl. Bd. III. S. 558 ſo viel als öffentliche bedeuten und jede Bekanntmachung bezeichnen ſoll, die durch Perſonen, welche dafür angeſtellt ſind, mündlich oder ſchriftlich vollzogen wird. Allein gerade die Frage: welche Perſonen ſind für dergleichen Bekanntmachungen angeſtellt? war nirgends entſchieden. Lange Zeit ſchwankten die Meinungen darüber hin und her. Die Gerichte mußten ſolche Bekanntmachungen ablehnen, weil nur ſtreitige Rechtsverhältniſſe vor ihr Reſſort gehören und die L.R.S. 1690 und 2214 keine gerichtliche Inſinuation erfordern. Daraus folgt weiter, daß die Gerichtsboten, da ſie nur als Gehilfen des Gerichts angeſtellt und lediglich mit Behändigung gerichtlicher Acte betraut ſind, die Significationen weder beſorgen können noch dürfen. Daſſelbe gilt, beiläufig bemerkt, auch von den Ortsvorgeſetzten, welche in dieſer Hinſicht kein Beurkundungsrecht haben. Nur den Amtsreviſoraten iſt die Beurkundung von Rechtsgeſchäften übertragen. Im §. 1 des Tarifs zu dem Geſetz v. 13. Okt. 1840 (Reg. Bl. Nr. 33) iſt namentlich von Urkunden über die Ceſſionen ꝛc. die Rede. Hiernächſt beſagt die landesherrl. Verordnung vom 25. Nov. 1841 (Reg. Bl. Nr. 38) im §. 4: der Diſtriktsnotar hat auf eigenen Namen in ſeinem Diſtrikte alle in dem Tarif vom 13. Oktober 1840 aufgezählten rechtspolizeilichen Geſchäfte, die nicht dem Amtsreviſor als Bezirksnotar oder anderen Beamten zugewieſen ſind, für alle Bewohner deſſelben zu verrichten ꝛc. Der §. 6 der Inſtruktion vom 4. Januar 1842 (Reg. Bl. Nr. 1) beſtimmt ferner: „Auf beſonderes Verlangen der Partei kann der Diſtriktsnotar, ohne vorgängige Vorlage bei dem Amtsreviſor (§. 15 der höchſten Verordnung vom 25. Nov. 1841) derſelben in der Urſchrift abgeben... 4. Urkunden über Ceſſionen . . 7. Urkunden über Eröffnungen ꝛc.

Uebrigens verordnet das Geſetz vom 22. Juni 1837 (Reg. Bl. Nr. 19) unter anderem: daß künftighin zur Errichtung von Amtsreviſoriatsurkunden über einſeitige Willenserklärungen zwei Zeugen beizuziehen ſind. Dieſe Vorſchrift kommt nach §. 2 der Inſtruktion vom 19. Dec. 1837 (Reg. Bl. Nr. 51) namentlich zur Anwendung bei Bekanntmachung der Ceſſion an den cedirten Schuldner u. ſ. w. Durch das bisherige dürfte obige Anfrage genügend beantwortet ſein, indem hiernach beſtimmt iſt, wie und durch wen die Beurkundung und die Bekanntmachung einer Ceſſion zu geſchehen hat. Indeſſen wird nach wie vor eine Privaturkunde über die Ceſſion ſelbſt hinreichend befunden werden, wenn nur die Bekanntmachung derſelben in der vorgeſchriebenen Form vollzogen worden iſt. Sonderbarer Weiſe gehört aber die Frage über die Nothwendigkeit der Signification zur Klagberechtigung des Ceſſionars gegen den cedirten Schuldner bis auf den heutigen Tag (vergl. z. B. Annalen v. 1845 Nr. 48) unter die ſtreitigen. Davon an einem anderen Orte.

D. R.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro. 7. Karlsruhe den 14. Februar 1846.

I.

1) Kann ein Minderjähriger einen von ihm allein eingegangenen Vertrag auch dann anfechten, wenn er nicht verkürzt iſt? Ja.

2) Wird ein Minderjähriger auch gegen einen Vertrag ſeines Vormunds blos wegen erlittener Verkürzung reſtituirt? Ja.

(Schluß.)

Die vorjährigen Annalen p. 324 folgd. nun bekämpfen dieſes Argument, indem ſie zu zeigen ſuchen, daß dieſe ganze Argumentation auf eine ſeltſame Meinung über den art. 1314 ſich gründe. Allein jene Erörterung geht von einer Begriffsverwechslung aus.

Daß der art. 1314 die Klage ob laesionem *enormem* dem Minderjährigen auch bei Erbſchaftstheilungen und Verkäufen gäbe, hat Sander wohl um ſo weniger überſehen, als das ſchon *Maleville* zu dieſem art. bemerkte; von dieſer aber hatte er hier nicht zu reden — weil ſie gar nicht hierher gehört. Sein Gegenſtand war die Klage des minor ob laesionem *simplicem* — aus art. 1305. Dieſe beiden Sachen ſind aber in der fraglichen Mittheilung der vorjährigen Annalen mit einander vermengt.

Unrichtig iſt es ferner, wenn die vorjährigen Annalen, p. 324 folgd. behaupten, daß es die Abſicht des Geſetzgebers geweſen ſei — im art. 1314 ausnahmsweiſe die Klage ob laesionem enormem zu geſtatten. Um dieß darzuthun, müßte der Herr Opponent eine Regel nachweiſen, daß der minor in Beziehung auf laesio enormis nicht wie ein anderer behandelt werden ſolle, dieſe iſt aber ſicher nirgends aufzutreiben.

Der Grund für den Geſetzgeber, ſich an dieſer Stelle, wie im art. 1314 geſchehen, auszuſprechen, kann unmöglich der ſein, damit der minor eine Klage ob laesionem enormem behalte, denn dieſe hatte er auch ohne den art. ebenſogut, als er eine actio doli, actio quod metus causa ꝛc. gegen jeden Vertrag hat, wenn auch ſein Vormund mitgewirkt haben ſollte. Der art. kann, wenn er irgend einen urgirenden Grund haben ſoll, gar keinen andern haben, als die Erwägung des Geſetzgebers, daß, wenn er ihn nicht ausſpreche, der minor auch wegen einer lésion simple dieſe Acte anfechten könnte, alſo auch ſolche Acte, bei welchen ſein Vormund mitgewirkt habe, dies aber müſſe — ausnahmsweiſe — verhütet werden. Sander argumentirt hier alſo nicht aus dem Inhalt des art., ſondern aus deſſen Exiſtenz.

Ein eigentliches argumentum a contrario läge alſo darin nicht, wie der Herr Opponent meint, ſondern man würde damit nur eine Anſchauung des Geſetzgebers darthun, die allerdings für die Streitfrage ſehr wichtig wäre. In ſo ferne wird alſo dieſem Ausſpruch in den vorjährigen Annalen eine Bedeutung beigelegt, die ihm nicht zukommt. Man kann den art. freilich auch als argum. a contrar. geltend machen, allein dann iſt ſein Ausſpruch für dieſer Streit nicht entſcheidend, denn in dieſer Demonſtrationsweiſe ergäbe er nur die beiden unfruchtbaren Sätze:

„Alle andern Geſchäfte des minor gelten nicht als Geſchäfte eines Großjährigen;“ und

„alle Verkäufe von Liegenſchaften und Theilungen von Erbſchaften, bei welchen die Formen nicht beobachtet ſind, gelten nicht als Geſchäfte eines Großjährigen.“

Die Art, in welcher der art. 1314 von Sander benützt iſt, enthält ſonach kein argumentum a contrario, ſondern ein argumentum a superfluo, wie Sander auch ſelbſt andeutet. Wie aber dieſes letzte — weil es der eigent-

Digitized by Google

lichen Diſpoſition nicht ſo nahe ſteht, wie das argumentum a contrario, ſondern erſt durch eine Vermittlung mit ihr in ein Verhältniß tritt — an ſich nicht ſo energiſch iſt, als jenes, ſo laſſen ſich überdieß bei ihm noch beſondere Grade ſeiner Ueberzeugungskraft unterſcheiden, welche durch die größere oder geringere Präciſion des fraglichen Geſetzes bedingt ſind; ſo wird dieſes argum. auf ein Nichts herabſinken bei einem Geſetz, wie z. B. unſere Proceßordnung, die ex professo (vergl. den Bericht der Geſetzgebungscommiſſion) Wiederholungen und Entwicklungen, die ſich von ſelbſt verſtehen, nicht umgehen zu dürfen glaubte.

Bei dem Code civil nun iſt dieſes Argument allerdings ſehr wichtig, weil er in Beziehung auf Präciſion eher zu viel, als zu wenig thut — dennoch möchte ich gerade in dieſer section darauf kein zu großes Gewicht legen und zwar deßhalb, weil hier der Satz 1308 ſchon eine ſolche bloße Wiederholung iſt, weil es offenbar iſt, daß der Redacteur hier auch eine ſyſtematiſche Ueberſicht, alſo nicht bloß einen geſetzgeberiſchen Willen geben wollte, und endlich und hauptſächlich, weil es aus der ganzen Behandlung der Materie einleuchtet, daß der Redacteur ſich zwar der beiden leitenden Sätze — 1124 und 1305 — bewußt war, aber doch ſich keine ganz klare Anſchauung von deren Ineinandergreifen und practiſchen Ergebniſſen gemacht hatte, indem er ſonſt ſicher mehr Deutlichkeit in ſeine Ausſprüche gebracht hätte.

Die Redaction ſcheint mir ſonach bei ihrer Erklärung des art. 1314 im Jahrgang VI. Seite 255 in vollem Recht; ich glaube, daß der art. 1314 aus den angegebenen Gründen nicht viel entſcheiden könne.

Brauer verſucht eine andere Erklärung des art. 1314, welche aber deßhalb unzuläſſig iſt, weil ſie von der unrichtigen Annahme ausgeht, als ob die Zuſtimmung des Vormunds zu einem Vertrag nicht zu den Formen des Geſchäfts gehöre.

So wenig als die Beſchränkung des art. 1305 durch die folgende auf jene Handlungen zuläſſig iſt, welche der Mündel ohne Vormund vorgenommen hat, (Zachariä III. Aufl.) — ebenſowenig iſt die Beſchränkung des art. 1124 (rückſichtlich des minor) auf jene Fälle zuläſſig, in welchen der minor verletzt iſt. (Zachariä IV. Aufl.) Zu Begründung ſeiner Anſicht beruft ſich Zachariä:

1) darauf, daß ein Geſetz in dubio dahin zu interpretiren ſei, daß die Rechtsgeſchäfte aufrecht bleiben;
2) daß das römiſche Recht nur die Reſtitution ertheile;
3) daß in den art. 1305 — 1314 überall nur von Reſtitution, nicht von Nullität die Rede ſei.

Allein mit dem erſten dieſer Gründe, der überhaupt nur ein ſubſidiärer, ſehr entfernter ſein könnte, wird nichts ausgerichtet; jede der ſtreitenden Meinungen hat viel nähere Gründe. — Der zweite iſt unrichtig; das römiſche Recht gibt dem minor allerdings keine Nullitätsklage, aber nur deßhalb nicht, weil er deren gar nicht bedarf, da es alles in ſeine Willkür ſtellt.

Der dritte Grund endlich iſt, wie art. 1311 nachweist, und art. 1312, gleichfalls unrichtig. Darauf, daß auch die Nullitätsklage zuweilen unter der Reſtitutionsklage dem Namen nach mitbegriffen wird, kann nichts ankommen.

Es beſteht ſonach gar kein Grund, den art. 1305 ſelber, oder durch ihn den art. 1124 zu beſchränken, und ein regelrechtes Ineinanderfügen der einzelnen Geſetzesſtellen gibt das Reſultat:

„daß der minor nach dem Code civil nicht nur gegen Verträge ſeines Vormunds wegen Verletzung reſtituirt werden ſolle — ſondern auch den von ihm allein eingegangenen Vertrag, auch ohne Verletzung, anfechten kann.“

Dieſes Reſultat wird nun nicht nur durch die Geſchichte, ſondern auch durch die Abſichten und Anſichten der Redacteurs beſtätigt, und durch die Einheit des ganzen Geſetzes geboten.

Ein vollſtändiges, neues Geſetz, wie der Code civil, muß natürlich viel von dem beſtehenden aufnehmen, da das Recht durch das Geſetz nur beurkundet werden ſoll. Im Allgemeinen darf man daher eine Handhabung des beſtehenden erwarten. In dieſer Materie aber waren die Redacteurs bis in die Fingerſpitzen von römiſchem Recht durchdrungen; ihre Citate, ihre Nomenklatur, ſogar ihre Fehler zeigen dies.

Wie kann man nun annehmen, daß ſie ſo weſentliche Abweichungen vom römiſchen Recht, wie diejenige, daß der minor gegen Verträge des Vormunds nicht reſtituirt werde, gewollt, — wie kann man glauben, daß die Redactoren, die ſich nicht einmal von der römiſchen Nomenklatur losſagten, die einen ſo unwichtigen Nebenſatz, wie

Digitized by Google

art. 1307, nur aus Rückſicht auf das römiſche Recht ausſprachen ganz im Geheimen, die monſtroſeſten Rechtsſätze, die von dem ältern Recht aufs Grellſte abſtechen, in dieſen art. 1305, man kann nicht ſagen ausgeſprochen, ſondern gleichſam in ihn hinein escamotirt haben?!

Ueberall bezieht *Maleville* die Beſtimmungen des Code auf das ältere Recht, um ſie dadurch zu rechtfertigen, und unterläßt es nicht, die geringen Abweichungen in den Formalien (zu art. 1304) und in der Materie (zu art. 1307) bemerklich zu machen. Es wäre doch wahrhaft lächerlich, das römiſche Recht in einer Materie zu citiren, wenn es die Abſicht der Redacteurs geweſen wäre, die Grundlage derſelben in der Weiſe zu verändern, wie dieß nach der Anſicht Zachariäs, IIIter oder IVter Auflage, geſchehen ſein müßte.

Selbſt wenn *Maleville* den Satz 1305 mit den fatalen Worten:

„minor non restituitur tamquam"

„minor — sed tamquam laesus"

erläutert, von welchen das ganze Mißverſtändniß ausgegangen zu ſein ſcheint, ſpricht er nur einen römiſchen Satz aus, was auch ſchon aus den Citaten erhellt. Non restituitur heißt nämlich, er hat das Rechtsmittel der (römiſchen) Reſtitution nicht — damit iſt aber denn doch noch nicht geſagt, daß er auch ein anderes Rechtsmittel nicht habe: im Gegentheil beſteht dieſer römiſche Satz recht gut neben dem andern römiſchen Satz, daß der minor durch keinen Vertrag ohne ſeinen Vormund ſich verpflichten könne, wie kann man ihn nun in einem Sinn auffaſſen, welcher gegen dieſen zweiten Satz gerichtet iſt? *Maleville* fährt dann fort:

„Dieß (minor non restituitur etc.) iſt die allgemeine Regel L. 11, §. 3 und L. 44, D. 4, 4. Man vermuthet aber, daß er verletzt worden ſei, wenn er ſeine Liegenſchaften ohne Beobachtung der vorgeſchriebenen Formalitäten veräußert, wenn er eine Erbſchaft annimmt, wenn er darauf Verzicht leiſtet, ſo wie alles Dieß im Titel von der Minderjährigkeit erklärt wird."

Und dieß iſt Alles, was er zu art. 1305 anführt. Offenbar hat man auch dieſe Aeußerung mißverſtanden, wenn man ſich dadurch zu Zachariäs Anſicht verleiten ließ, denn ſie beweiſt vielmehr gegen ſie. Man kann ſagen, weil hier nur einige Acte aufgezählt werden, ſei anzunehmen, als ob *Maleville* hier die Anſicht ausſpreche, daß in allen andern der minor gültig handle. Allein gerade dieſe Stelle beweiſt recht ſchlagend gegen Zachariä: Alle dieſe Acte ſind nämlich ſolche, in welchen der Vormund für ſich allein gar nicht gültig handeln darf, ſondern der Zuſtimmung der Obervormundſchaft bedarf, dabei iſt ausdrücklich auf den Titel von der Minderjährigkeit verwieſen; in dieſem aber iſt von einer Rechtshandlung des minor ſelbſt, oder deſſen Betheiligung bei einer Handlung des Vormunds nirgends die Rede — es zeigt ſonach dieſe Stelle recht deutlich, daß die urſprünglichen Redacteurs bei dem art. 1305 gerade umgekehrt nur an die Handlung des Vormunds ſelbſt, keineswegs auch an die des minor gedacht haben. Ebenſo geht daraus hervor, daß die Redactoren an jene Nichtigkeiten bei dieſem art. gedacht haben, welche die Handlung des Vormunds ſelbſt betreffen, z. B. art. 466, 457, 467, alſo annahmen, daß die Nichtigkeit überhaupt von der Beſtimmung des art. 1305 unabhängig ſei. Wäre hier noch ein Zweifel über die Abſicht der Redacteurs möglich, ſo fände er in dem, was *Maleville* ad 1314 ſagt, ſeine Erledigung.

Uebrigens zeigt auch die Bemerkung *Maleville's* zu art. 1305 wieder recht deutlich, daß die section durchaus nicht beſtimmt war, die Reſtitution gegen Verträge zu beſtimmen, ſondern die Reſtitution der Minderjährigen überhaupt, denn die Antretung einer Erbſchaft iſt kein Vertrag.

Auch andere Stellen des Geſetzbuchs zeigen, daß es die Meinung der Redacteurs war, in Beziehung auf dieſe Materie das Beſtehende im Allgemeinen beizubehalten; nur in dieſer Beziehung machten ſie die Beſtimmungen in art. 942, 1070, 1074 ꝛc., die ſämmtlich überflüſſig wären, wenn man ihnen die Abſicht unterlegt, in dieſer Materie eine ſo weſentliche Veränderung zu machen, als ſie Zachariä, III. oder IV. Aufl., annimmt.

Noch weit dringender aber, als alle dieſe Gründe, verwirft das Geſetz der Zweckmäßigkeit, der Einheit, die Auslegung Zachariäs. Würde die Anſicht Zachariäs gelten, ſo wäre eine vormundſchaftliche Verwaltung platterdings unmöglich, und es ließe ſich nicht wohl einſehen, wie das Geſetz dazu käme, dieſe ſo unbedingt anzuordnen, als es gethan hat. Hat der minor das Recht zu allartigen Verträgen, ſo muß man ihm wohl auch analog das Recht zum Vollzug und zu Annahme der Gegenleiſtung des Vertrags einräumen, beſonders da der art. 1312, wie

Digitized by Google

ihn wenigſtens *Zacharia*, III. Aufl., conſequenterweiſe verſtehen muß, dieſe Befugniß dem minor noch viel deutlicher einräumt, als der art. 1305 ihm die Vertragsbefugniß nach dieſer Anſicht geſtattet. Hat er nun dieſes Recht, ſo kann er, *wann* es ihm beliebt, ſein ganzes Vermögen dem Vormund entwinden und ſich in die Hände ſpielen; er ſchließt einen Kauf ab, läßt ſich den Kaufſchilling baar, oder vielleicht ſogar in noch transportableren Mitteln auszahlen, und macht damit was er will. Es kann ſogar ſeine Verwaltung mit der des Vormunds collidiren, wenn z. B. heute der Vormund, morgen der minor eine Verpachtung abſchließt. Wozu wäre in dieſem Fall überhaupt eine vormundſchaftliche Verwaltung, und wie wäre es erklärbar, daß das Geſetz eine ſolche Monſtroſität gewollt, oder, wenn es ſie gewollt, auch nicht mit einem Wort die hiebei gedenkbaren Verwicklungen beachtet haben ſollte?!

Aber — könnte man einwenden, ſo weit gehen wir nicht; wenn der minor auch zu *Verträgen* fähig iſt, ſo iſt er es doch nicht zu Zahlungen und Empfangnahme von Zahlungen. Mit dieſer Beſchränkung hätte man ſehr Recht, (obgleich ich nicht glaube, daß ſie von den Gegnern beabſichtigt wird) denn die art. 482, 484, 1238 und 1240 erheiſchen ſie in jedem Fall. Allein auch mit dieſer Beſchränkung würde der art. 1305, wie ihn die Gegner verſtehen, nicht um einen Grau vernünftiger; denn einmal bliebe immerhin die Möglichkeit der Colliſion der Handlung des Vormunds mit der des Mündels, und zum andern würde gerade dadurch der Grund zerſtört, welcher angeblich den Geſetzgeber beſtimmt haben ſoll, den art. 1305, ſo wie ihn die Gegner verſtehen, auszuſprechen. Der Grund ſoll nämlich die Erleichterung des Verkehrs mit dem minor ſein — aber der Verkehr beſteht gar nicht in der *Abſchließung* eines Rechtsgeſchäfts, ſondern in deſſen *Vollzug*, wenn man alſo dieſen nicht vorzugsweiſe begünſtigt, ſo iſt für den Verkehr nichts gethan.

Ein anderer Grund der Beſchränkung des art. 1305 auf den minor allein ſoll zwar auch noch der ſein, daß, wenn man dem minor unbedingt das Recht gebe, die Verträge ſeines Vormunds wegen Verletzung anzugreifen, Niemand mit dem Vormund contrahiren würde zum eigenen Nachtheile des minor — allein das iſt eine Grille, da *jeder* Gegencontrahent in *jedem* Fall im Stand iſt, zu ermeſſen, ob in dem *Vertrag* eine Verletzung des minor liege oder nicht, und eine außer dem Vertrag entſtehende gar nicht in Betracht kömmt.

Ich darf daher mit vollem Recht ſagen, daß die gegentheilige Anſicht entweder die größte Benachtheiligung des minor, ja die gänzliche Unmöglichkeit einer zweckmäßigen Vormundſchaft und Obervormundſchaft, — oder ein leeres Schattenſpiel zur Folge hat, und daß es daher durchaus unzuläſſig iſt, dieſes vernunftwidrige Reſultat als die Abſicht des Geſetzes zu unterſtellen.

Dieſe Betrachtungen haben *Stabel* ſicher auch bewogen, die Unſtatthaftigkeit der Anſicht *Zachariäs* zu erklären, und auf ein Heilmittel für den art. 1305 zu denken; allein auch ſeine Meinung ſcheint mir verwerflich, weil auch ſie, im Allgemeinen wenigſtens, den unhaltbaren Satz aufſtellt, daß der minor nur wegen einer *Verletzung* einen Vertrag anfechten könne, und dieſe Regel nur limitirt, für welche Limitation aber kein haltbarer Grund beſteht.

II. Badiſches Recht.

Für den badiſchen Juriſten iſt das, was nach dem Code civil etwa noch zweifelhaft ſein könnte, durch die L.R.S. 1124 a. und 1124 b. ſonnenklar entſchieden.

Doch iſt es nöthig, theils wegen des §. XVIII des I. E. E., theils um eine klare Anſchauung des Standpunctes des badiſchen Geſetzgebers zu gewinnen, vor Allem den §. 27 des VI. Conſt. Edicts etwas näher ins Aug zu faſſen.

In dieſer Stelle wurde — wohl in dem bereits gereiften Entſchluß den Code Napoléon zu adoptiren *) das Alter der Minderjährigkeit auf 21 Jahre beſchränkt, im Uebrigen aber das beſtehende deutſche gemeine Recht im Ganzen feſtgehalten, d. h. es wurden die Handlungen des minor nur in ſo weit, als ſie ihm Vortheil bringen, für gültig erklärt, und es verſtund ſich ſonach von ſelbſt dabei das Fortbeſtehen der römiſchen Reſtitution. Nur im Ausdruck unterſcheidet ſich ſonach der § 27 vom römiſchen Recht.

Der Paragraph unterſcheidet zuvörderſt zwiſchen:

I. den Handlungen des Mündels, in wie weit ſie ſein Vermögen verpflichten ſollen; — zwiſchen

II. den Handlungen, welche *blos* auf ſeiner *Perſon* haften; und

*) Das Datum des Conſt. Edicts und das Publicandum im Reg. Blatt 1808, Nr. XXIII. differiren nur um einen Monat, und die Rheinbundacte iſt vom Jahr 1806.

Digitized by Google

III. Erbeinſetzungen.

In Beziehung auf die erſtgenannten wird kein Unterſchied zwiſchen den verſchiedenen Altersſtufen gemacht; kein Minderjähriger kann ſich zu ſeinem Nachtheil verpflichten — bezüglich der Erbeinſetzungen werden die Minderjährigen nur in zwei Klaſſen getheilt, Vollmündige und Nichtvollmündige; nur die erſten können teſtiren — bezüglich der unter II. aufgeführten Handlungen aber werden ſie eingetheilt in a) halbmündige — mehr als 14 Jahre alte, — b) Vollmündige, mehr als 16 Jahre alte — und c) unter 14 Jahre alte, welche man Unmündige nennen kann. Wo es ſich alſo um Verpflichtungen die unmittelbar oder mittelbar das Vermögen ergreifen ſollen, handelt, ſind alle Minderjährige ganz gleich. Ohne daß es einer Anfechtungsklage bedürfte ſind ihre ihnen nachtheilige Handlungen ungültig, die vortheilhaften dagegen, ſo daß keine Klage dagegen zuläſſig wäre, gültig. Daneben blieb nun das gemeine Recht rückſichtlich aller Handlungen des Vormunds ſelbſt unverändert, in dieſer Beziehung hatte alſo auch der minor nach wie vor ſeine Reſtitution wegen Verletzung.

Man kann vielleicht den erſten dieſer Sätze tadeln, weil er nicht gehörig die Sicherheit des Verkehrs beachtet, aber er muß dennoch gelten, wenn ein Geſetz eine Bedeutung haben ſoll. Dieſe Grundſätze nun müſſen dienen das Verfahren unſeres Geſetzgebers beim L.R.S. 1124a und 1124b zu beleuchten.

Der L.R.S. 1124 iſt unverändert der Art. 1124 — denn die Abweichung, daß die Worte dans les cas exprimés par la loi hinter den Ehefrauen weggenommen, und auf den ganzen Artikel bezogen wurden, indem man ſie an die Spitze ſtellte, iſt ohne Bedeutung.

Der L.R.S. 1124 a wiederholt ſodann die Eintheilung des VI. Conſtitutionsedicts — dort aber fand dieſe Eintheilung bezüglich der Handlungen, welche auf das Vermögen influiren, von welchen doch hier allein die Rede iſt, gar nicht ſtatt! Da ferner dieſe Eintheilung, ſo viel mir bekannt, auch ſonſt wo nicht geltend gemacht wird, was aber ein Vollmündiger ſei (cfr. L.R.S. 1124 b), überdies auch ohne ſie bekannt war (aus dem §. 27 des VI. Conſt.-Edicts), ſo muß man dieſen Satz als Geſetz *) und ſeine Eintheilung für unfruchtbar erklären.

Deſto entſcheidender iſt aber ſein Nachbar; und darnach muß der badiſche Juriſt in jedem Fall Zachariäs Meinung verwerfen.

Daß dieſer Satz 1124 b ſchon als Zuſatz ein vorzügliches Gewicht habe, ſagt der Geſetzgeber im Anfang des I. E. E., woſelbſt er allen Zuſätzen ausdrücklich die correctoriſche Eigenſchaft prädizirt, und es ergibt ſich auch überdies aus der Natur der Sache.

Dieſer Satz zeigt nun zuvörderſt, wie unſer Geſetzgeber den Art. 1124 u. 1125 verſtanden habe. Offenbar fand er darin den Ausſpruch, daß jeder Minderjährige, nach ſeinem bloßen Belieben, jeden Vertrag anfechten könne, den er ohne Vormund eingegangen. Dies fand er denn auch — hingeſehen auf den Leichtſinn der Jugend, auf die Unrechtlichkeit derer, die ſich mit ihr in ernſte Geſchäfte einlaſſen, und auf das bisherige, ja von ihm ſelbſt erſt vor einem Jahr neu ſanctionirte Recht — vollkommen in der Ordnung. Nur in einem Fall, dem des L.R.S. 1124 b, wäre die ſtrenge Durchführung des Grundſatzes für Dritte eine Härte, und eine Laſt für den minor ſelbſt; es müßte daher dieſe Inconvenienz corrigirt werden, was denn auch im L.R.S. 1124 b geſchah. Dieſe Geneſis dieſer Stelle hat ſo viel innere Wahrſcheinlichkeit und hiſtoriſchen Zuſammenhang, daß wohl Niemand an der Richtigkeit derſelben zweifeln wird.

Ließe der L.R.S. 1124 b für uns der Meinung Zachariäs Raum, dann wäre er rein überflüſſig.

Das argumentum a contrario führt aber noch viel ſicherer, weil unmittelbarer aus dieſem Landrechtſatz gleichfalls auf die Verwerfung dieſer Meinung — denn daſſelb ergib den Satz:

> jeder andere Vertrag kann von dem minor nicht gültig abgeſchloſſen werden.

Mit dieſer Auffaſſung der Art. 1124 u. 1125 von Seite unſeres Geſetzgebers ſtimmt dann gewiß auch die jedes Unbefangenen überein, wenn für ihn auch nicht noch der Hebel des bereits beſtehenden, wirken ſollte.

Wer wird, wenn man ihm ſagt, daß Jemand zu einer Handlung unfähig ſei, annehmen, daß man ihm nach

---

*) Anmerk. — als Geſetz — denn als ein ſehr beſtimmter Wink, daß dem Geſetzgeber der §. 27 des VI. Conſt.-Edicts hier, und alſo auch bei dem L.R.S. 1124 b, vorgeſchwebt, hat er allerdings große Bedeutung, eine um ſo größere, weil gerade die Eintheilung eine nutzloſe iſt, in dem neuen Geſetz keine Beziehung findet, alſo nothwendig auf den §. 27 hinweißt.

Digitized by Google

einem langen Zwiſchenraum eine andere Regel aufſtellen könne, welche die erſte ſo ziemlich vernichte?!

Abgeſehen von allem dem zeigt aber der L.R.S. 1125b ganz deutlich, daß der Geſetzgeber dabei recht gut an die Sätze 1305 folgende gedacht, und angenommen habe, daß die Nichtigkeitsklage und die Umſtoßungsklage zwei ganz verſchiedene Dinge ſeien, und daß die letzte neben der Nichtigkeitsklage beſtehe, ſelbſt dort fortbeſtehe, wo die Nichtigkeitsklage gar nicht ſtatt finde. Dies ergibt ſich ganz deutlich aus dem Wort „vorbehaltlich" und aus dem Parallelismus zwiſchen der Reſtitution und der Nichtigkeit aus einem Specialgeſetz. Die Reſtitution wird hier dem verkürzten minor nicht gegeben, ſondern ſie wird ihm vorbehalten, d. h. es wird, blos der ſyſtematiſchen Ueberſicht wegen, daran erinnert, daß der minor, trotz dieſer Beſtimmung, ſeine übrigen Rechte, wie ſie ihm anderwärts verliehen ſind, behalte. Da nun dem minor auch, wenn er gültig allein gehandelt hat, die Reſtitution vorbehalten wird, aber nur das vorbehalten werden kann, was man bereits hat, ſo folgt nothwendig daraus, daß die Reſtitution ganz unabhängig von der Rechtsfähigkeit iſt, alſo auch allein von der Verkürzung bedingt wird.

Was wollen nun dieſen Thatſachen gegenüber alle Vermuthungen aus dem L.R.S. 1305 und folgenden?

Sonderbar iſt es allerdings, daß Brauer, aus deſſen Feder das Conſtitutionsedict und wohl auch der Zuſatz floß, in ſeinen Erläuterungen zu einem andern Reſultat gelangte, allein ich zweifle ſehr daran, ob er bei Abfaſſung des Landrechts einen andern Gedanken hatte, und glaube, daß er ſich ſpäter nur von der Literatur mit Unrecht imponiren ließ.

Ich bin daher der Ueberzeugung, daß — wenigſtens nach badiſchem Geſetz — im Weſentlichen das römiſche, resp. gemeine Recht, jetzt noch dieſe Materie regiert; der einzige und zwar formelle Unterſchied beſteht, daß der Vertrag des minor nicht ſchon kraft Geſetzes gegen ihn wirkungslos iſt, ſondern angefochten werden muß.

Daß aber dieſe und nur dieſe Grundſätze vernünftig ſind, liegt auf flacher Hand, und wenn die Grundſätze Zachariäs für die Minderjährigen bisher keine verderblicheren Folgen gehabt haben, ſo kommt dies nur daher, daß ſie theils nicht angewendet wurden, theils die Fälle vermieden wurden, in welchen ſie zur Entſcheidung hätten gelangen können, denn die controverſe Natur dieſer Rechtsſätze iſt für den Verkehr ſo gut, als ein geſetzliches Verbot, Verträge mit dem minor zu ſchließen. Darin liegt alſo der Grund der Unſchädlichkeit dieſer Anſichten, und gerade darin liegt der beſte Beweis für meine obige Behauptung, daß es eine Grille ſei, wenn man aus dieſen verkehrten Anſichten Heil für den minor erwarte.

Wie mächtig übrigens die Ueberzeugung ſei, daß ein minor auch gegen verletzende Handlungen ſeines Vormunds geſchützt werden müſſe, geht auch aus dem §. 1254 der Pr.-Ord. hervor, der zu einer Zeit beliebt wurde, als Zachariäs Meinung der III. Auflage noch ſehr florirte; und wenn unſer Geſetzgeber dieſe Reſtitution ſelbſt andern Verbeiſtändeten gibt, welche nach römiſchem und franzöſiſchem Recht — bei dieſem wohl nur deßhalb, weil es das römiſche Recht unbeſchränkt adoptiren wollte — derſelben entbehren, ſo liegt darin nur ein Beweis für die Nothwendigkeit derſelben.

Keller.

II.

1) Eine Belohnung für Beſorgung eines Auftrags kann auch ſtillſchweigend bedungen werden.

2) Die Geſchäftsfreunde der Badiſchen Allgemeinen Verſorgungsanſtalt können für die Beſorgung der ihnen von Dritten ertheilten Aufträge die übliche Belohnung anſprechen, in ſofern ſie ſonſt aus der Beſorgung ſolcher Aufträge ein Gewerbe machen.

3) Ein Bevollmächtigter iſt zu allen denjenigen Handlungen befugt, die er zum Vollzuge ſeines Auftrages nöthig erachtet.

Kaufmann Wilhelm Schmezer zu Werthheim erhob am 6. März 1844 folgende Klage:

Die Gemeinde Werbach habe im Jahr 1843 eines Anlehens von 30,000 fl. bedurft. Der Gemeinderath habe durch den Bürgermeiſter und ein Gemeinderathsmitglied den Kläger mit der Negociirung dieſes Anlehens beauftragt. Demgemäß habe Kläger das Anlehen bei der badiſchen Verſorgungsanſtalt aufgebracht, und ſolches der Gemeinde auszahlen laſſen. Für dieſe Geſchäftsbeſorgung nehme er 1/3 Procent des Kapitalbetrags, mithin 100 fl., in Anſpruch. Er gründet dieſe Forderung

Digitized by Google

theils auf ein — jedoch in ziemlich unbeſtimmten Worten gegebenes — Verſprechen des Gemeinderaths, theils darauf, daß er Kaufmann ſei, und Geldgeſchäfte, insbeſondere Negociirung von Kapitalaufnahmen als lukratives Gewerbe betreibe, daß mithin die Ertheilung eines Auftrags zur Beſorgung ſolcher Geſchäfte ſtillſchweigend die Zuſicherung der herkömmlichen Belohnung dafür enthalte. Die geforderte Proviſion ſei aber nach dem Herkommen als ganz mäßig anzuſehen.

Die beklagte Gemeinde ließ ſich dahin vernehmen: ſie habe beſchloſſen gehabt, bei der badiſchen Verſorgungsanſtalt ein Anlehen von 30,000 fl. aufzunehmen, und ſich deßhalb an den Kläger, als den ihr am nächſten wohnenden Agenten derſelben, gewendet, weil in öffentlichen Ausſchreiben des Verwaltungsrathes dieſer Anſtalt geſagt ſei, daß die Anlehenſuchenden ſich bei deren Agenten melden möchten. Der Kläger habe daher nicht als Beauftragter der Gemeinde, ſondern als Agent der Geſellſchaft gehandelt, er könne daher von der erſteren eine Belohnung nicht fordern, und zwar um ſo weniger, da der erwähnte Verwaltungsrath wiederholt öffentlich ausgeſprochen habe, daß die Landeseinwohner nicht durch Bezahlung von Proviſionen bei Kapitalaufnahmen aus der Anſtalt beeinträchtigt werden ſollten, daß vielmehr die Agenten, inſofern ſie als ſolche handelten, nur den Erſatz ihrer baaren Auslagen verlangen könnten.

Widerſprochen wurde, daß der Gemeinderath dem Kläger eine Belohnung verſprochen habe, überhaupt mit ihm ein Vertragsverhältniß eingegangen ſei. Daß der Kläger auch Geldmakler ſei, habe die Beklagte nicht gewußt, und ſich jedenfalls an ihn nicht in dieſer Eigenſchaft gewendet; in ſeiner Eigenſchaft als Agent der Verſorgungsanſtalt aber ſei ſie ihm ſo wenig eine Proviſion ſchuldig, als ſie dieſer von ihm vertretenen Anſtalt, wenn ſie ſich unmittelbar an dieſelbe gewendet hätte, eine ſolche ſchuldig geweſen wäre. Daher könne auch das kaufmänniſche Herkommen über die Größe der Proviſion hier nicht maßgebend ſeyn. Endlich wurde noch die Gültigkeit des von dem Bürgermeiſter und einem Gemeinderathsmitglied angeblich gemachten Verſprechens deßhalb beſtritten, weil nicht behauptet ſei, daß der Gemeinderath und Bürgerausſchuß die hierzu erforderliche Zuſtimmung ertheilt hätten.

Hierauf wurde dem Kläger aufgegeben, den behaupteten Auftrag, ſowie deſſen Vollzug und das Verſprechen einer Proviſion von ⅓ Procent zu beweiſen. Im Laufe der Beweisverhandlungen änderte aber der Unterrichter ſeine Anſicht über die Begründung der Klage, und wieß dieſelbe ab, weil nicht behauptet ſei, daß der Gemeinderath mit Zuſtimmung des Bürgerausſchuſſes dem Kläger eine Belohnung zugeſichert habe: L.R.S. 1986. Gemeindeordnung §§. 122. 135.

Das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreiſes, an welches der Kläger appellirte, erließ am 29. Mai 1845 eine neue Beweisverfügung, wonach der Kläger entweder das behauptete allgemeine Verſprechen einer angemeſſenen Proviſion, oder die Thatſache, daß er die Negociirung von Kapitalaufnahmen als Gewerbe treibe, und ferner noch beweiſen ſollte, daß nach kaufmänniſchem Herkommen eine Proviſion von ⅓ Procent als angemeſſene Belohnung für die Unterhandlung eines Anlehens von 30,000 fl. anzuſehen ſei. *)

In den Entſcheidungsgründen hierzu iſt nach Erörterung des erſten Klaggrundes bemerkt:

„Obgleich der L.R.S. 1986 beſtimmt, daß ein Auftragsvertrag nur dann ein Recht auf Belohnung gebe, wenn ſolche bedungen ſei, ſo kann doch ein ſolches Geding eben ſo wohl ſtillſchweigend als ausdrücklich geſchloſſen werden. Ueberall aber, wo ſich Jemand mit einem Auftrage an eine Perſon wendet, die aus der Beſorgung derartiger Aufträge ein regelmäßiges Gewerbe macht, muß die ſtillſchweigende Uebereinkunft unterſtellt werden, daß der Auftrag nicht unentgeldlich, ſondern gegen Entrichtung der herkömmlichen Belohnung ausgeführt werden ſolle. L.R.S. 1134. 1135. Da die Beklagte leugnet, daß Kläger Geldgeſchäfte, namentlich die Negociirung von Anleihen, als Gewerbe treibe, ſo muß dem Kläger hierüber, ſowie über die Behauptung, daß eine Proviſion von dem geforderten Betrage dem kauf-

---

*) Der Referent hatte beantragt, dem Kläger auch noch darüber Beweis aufzulegen: „daß der Beklagten, als ſie ſich wegen Beſchaffung eines Anlehens von 30,000 fl. an ihn wendete, dieß („nämlich der von ihm angegebene Geſchäftsbetrieb“) bekannt geweſen.“ Allein die Mehrheit der Gerichtsmitglieder hielt dieſen Beweiß für unnöthig, weil daraus, daß ſich Jemand an einen Andern, mit einem, in deſſen Gewerbe einſchlagenden, Auftrag wende, von ſelbſt folge, daß Jener von dem Gewerbsbetriebe des Andern Kenntniß gehabt habe.

Digitized by Google

männiſchen Herkommen entſpreche, Beweis auferlegt werden.

Die Beklagte glaubt nun zwar, zur Entrichtung einer Proviſion darum nicht verbunden zu ſein, weil Kläger bei dem fraglichen Anlehensgeſchäfte nur als Agent der Allgemeinen Verſorgungsanſtalt gehandelt, dieſe Anſtalt aber in einem Circulare vom 3. December 1835 und wieder neuerlich in einem Schreiben vom 13. Septbr. 1842 ausgeſprochen habe, daß die Landeseinwohner nicht durch Bezahlung von Proviſionen bei Capitalaufnahme beeinträchtigt werden ſollten, daß vielmehr die Agenten, inſofern ſie als ſolche handelten, nur den Erſatz ihrer baaren Auslagen verlangen könnten. Allein eine unbedingte Zuſicherung der genannten Anſtalt, daß ihre Agenten die Unterhandlungen wegen Capitalaufnahmen unentgeltlich zu beſorgen hätten, kann in dieſem Ausſchreiben nicht gefunden werden; die am Schluſſe gemachte Beſchränkung — „wenn der Agent *als ſolcher* handelt" — ſcheint vielmehr die Auslegung zu rechtfertigen, daß die Agenten nur diejenigen Verrichtungen unentgeltlich zu beſorgen haben, die ihnen von der Anſtalt aufgetragen werden, nicht aber auch diejenigen Geſchäfte, welche ſie zufolge ihres gewöhnlichen bürgerlichen Gewerbes aus Auftrag eines Dritten übernehmen. *)

Wenn die Beklagte meint, ſie ſei dem Kläger eben ſo wenig eine Proviſion ſchuldig, als ſie der Verſorgungsanſtalt eine ſolche zu bezahlen gehabt hätte, wenn ſie mit derſelben unmittelbar in Verbindung getreten wäre, ſo iſt dieß ganz irrig; denn daraus, daß Jemand keine Gebühren für Geſchäftsbeſorgung zu bezahlen hat, weil er eben ſeine Geſchäfte ſelbſt beſorgt, folgt keineswegs, daß er hiervon auch dann frei bleibe, wenn er ſich der Dienſte eines Andern bedient. Da nun die Beklagte zugeſtanden hat, daß ſie ſich an den Kläger als Agenten der Verſorgungsanſtalt mit dem Auftrage gewendet habe, ihr das gewünſchte Anlehen bei dieſer Anſtalt zu verſchaffen, die gedachte Eigenſchaft des Klägers aber für ſeinen Anſpruch auf Proviſion ganz unerheblich iſt; da ferner zugeſtanden iſt, daß die Beklagte in Folge der Vermittelung des Klägers jenes Anlehen wirklich erhalten hat, ſo kann weder der in der Klage behauptete Auftrag, noch deſſen Vollzug als abgeleugnet angeſehen werden, und erſcheint hiernach der hierüber in erſter Inſtanz auferlegte und angetretene Beweis als überflüſſig. Das Verſprechen einer Proviſion von $1/2$ Procent hätte aber deßhalb nicht zum Beweiſe ausgeſetzt werden ſollen, weil ein ſolches Verſprechen einer *beſtimmten* Proviſion gar nicht behauptet war.

Die Beklagte beſtreitet endlich die Gültigkeit des behaupteten Verſprechens, weil ſolches nur in Folge eines vom Gemeinderath und Bürgerausſchuß gefaßten Beſchluſſes habe gegeben werden können (§§. 122. 136 der Gemeindeordnung), ein ſolcher Beſchluß aber nicht behauptet ſei. Allein nachdem die Gemeinde, wie von ihr zugeſtanden iſt, den Bürgermeiſter Mohr und Gemeinderath Hänslein beauftragt hatte, wegen Beſchaffung des fraglichen Anleihens das Erforderliche einzuleiten, ſo bedurften dieſe Gemeindebeamten einer beſondern Ermächtigung zu den einzelnen Maßnahmen, welche ſie zum Vollzuge ihres Auftrags für nöthig erachteten, überall nicht mehr. In ihrem allgemeinen Auftrage lag daher namentlich auch die Befugniß, ſich der Vermittelung eines Geſchäftsmannes zu bedienen, und dieſem eine entſprechende Belohnung — ausdrücklich oder ſtillſchweigend — zu bewilligen."

Nachdem der dem Kläger aufgegebene Beweis angetreten und erhoben war, wurde durch hofgerichtliches Urtheil vom 22. Januar 1846 abändernd zu Recht erkannt, wie in der Klage gebeten war.

R. Ammann.

*) Da die Verſorgungsanſtalt ihren Geſchäftsfreunden überhaupt nur in ſofern, als ſie in dieſer Eigenſchaft handeln, Vorſchriften ertheilen kann, ſo kann wohl die obenerwähnte Beſchränkung nicht den Unterſchied zwiſchen ſolchen Geſchäften, die Jemand als Agent der Anſtalt, und ſolchen, die er in anderer Eigenſchaft beſorgt, bezeichnen, weil die Ausſcheidung der Geſchäfte letzterer Art etwas ſehr Ueberflüſſiges geweſen wäre; ſie kann daher gewiß nur ſo verſtanden werden, daß damit angedeutet werden ſollte, der Geſchäftsfreund könne ſelbſt bei ſolchen Geſchäften, die er mit der Verſorgungsanſtalt unterhandelt, in einer doppelten Eigenſchaft erſcheinen, nämlich als Vertreter dieſer Anſtalt und zugleich als Bevollmächtigter eines Dritten.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 8. Karlsruhe den 21. Februar 1846.

I.

Irrthum und Unredlichkeit bei Halbverträgen. *)

Esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate jurisscientiae perniciose erratur.

l. 91, §. 3. D. de V. O. 45, 1.

Wenn irgendwo der feine Rechtsſinn der römiſchen Juriſten Bewunderung und Nachahmung verdient, ſo iſt es in ihrer richtigen Würdigung der Rechtshandlungen nach deren *innerer* Seite. Sie erkannten den dolus überall und in jeder Geſtalt, ſelbſt wenn er ſich hinter die Form Rechtens verſtecken wollte, und nie durfte die Unredlichkeit ihren Zweck erreichen, ſei es in Handlungen des Civilrechts oder des Civilproceſſes. Ebenſo wenig duldeten ſie die Unhonorigkeit und ſie führten das praeceptum juris „honeste vivere“ conſequent im Civilrecht durch. Es wäre im Intereſſe des materiellen Rechts in der That zu wünſchen, daß man ſich in unſerer Praxis jenen wahrhaft juriſtiſchen Takt mehr anzueignen ſuchte, denn unſer Geſetzbuch ſteht ihm nicht im Wege. Es würde manches ſcheinbare Recht dem wirklichen weichen müſſen, und das iſt doch die eigentliche Höhe der Jurisprudenz, daß man den *Mißbrauch* des ſonſt nothwendigen formellen Rechts mit Scharfſinn zu verhindern und die Forderungen des natürlichen Rechtsgefühls zur Herrſchaft zu bringen weiß. Ich will, ſoweit es mir für dieſe Blätter angemeſſen erſcheint, den Einfluß des Irrthums und der Unredlichkeit, unter vergleichender Rückſicht auf das römiſche Recht, bei denjenigen Rechtshandlungen kurz darzuſtellen ſuchen, welche unſer Geſetzbuch als Halbverträge aufführt und eine Ueberſicht des Ganzen dürfte vielleicht zur Berichtigung einiger Anſichten führeu, die ſo ziemlich die Oberhand in unſerer Praxis gewonnen haben.

I. Actio negotiorum gestorum et de in rem verso.

Eine Geſchäftsführung im *eigentlichen* Sinne iſt vorhanden, wenn Jemand

1) ſolche Angelegenheiten unternimmt, die einem Andern *obliegen*, ſei es
   a) kraft der Pflichten eines guten Hausvaters, welcher für die Erhaltung und weisliche Benützung ſeines Vermögens beſorgt iſt; oder
   b) kraft einer *rechtlichen* Verbindlichkeit, wie z. B. die Bezahlung einer Schuld.

Solche Geſchäfte nennt man nothwendige oder auch nützliche Geſchäfte. Es kommt aber keineswegs darauf an, ob die nützlichen Geſchäfte auch wirklich den erwarteten Erfolg und Nutzen hervorgebracht haben, ſondern lediglich darauf, ob das Geſchäft *bei ſeiner Unternehmung* in der angeführten Weiſe als dem Intereſſe des Geſchäftsherrn angemeſſen erſcheinen mußte. (Vergl. Satz 1372, 1999.) Es wird

2) erfordert, daß das Geſchäft freiwillig, d. h. nicht in Folge einer rechtlichen Verpflichtung des Geſchäftsführers, wie z. B. bei der Vormundſchaft unternommen wurde, denn ſonſt wird das Rechtsverhältniß nicht nach den Regeln des Halbvertrags, ſondern nach den betreffenden beſonderen Beſtimmungen beurtheilt.

Im Urtexte des Satzes 1372 iſt dieſes Erforderniß mit dem Ausdruck „volontairement“ bezeichnet, und obwohl dieſes Wort bei der Ueberſetzung weggelaſſen wurde, ſo kann es doch nicht zweifelhaft ſein, daß auch bei uns nur dann eine Geſchäftsführung als Halbvertrag vorliegt, ſoferne dieſelbe nicht in Folge eines anderen obligatoriſch-

*) Mitgetheilt von Hrn. Hofrath und Hofgerichtsdirector Dr *Stabel* in Freiburg. D. R.

Verhältniſſes unternommen wurde. Man pflegt übrigens dem Auslaſſen jenes Wortes noch andere Folgen beizulegen, wovon nachher die Rede ſein wird.

Man verlangt endlich

3) als Requiſit der eigentlichen Geſchäftsführung, daß der Geſchäftsführer ſich wiſſentlich und in freundſchaftlichen Abſichten den Angelegenheiten eines Anderen unterzog.

Doch bemerkt Brauer, III. B. S. 278, daß es ganz gleichgültig ſei, ob Jemand wiſſentlich oder aus Irrthum ein fremdes Geſchäft unternommen habe, und daß ſomit die mancherlei allzu feinen Unterſchiede des römiſchen Rechts bei uns wegfallen.

Einſtweilen abgeſehen von dieſem Einwurfe iſt im Uebrigen gewiß, daß der Geſchäftsführer, wenn dieſe Erforderniſſe zuſammentreffen und wenn er die Sorgfalt eines guten Hausvaters in der Ausführung der Geſchäfte angewendet hat, von dem Geſchäftsherrn den Erſatz ſeiner Auslagen zu fordern berechtiget iſt, gleichviel, in welchem Verhältniſſe der Nutzen des Geſchäfts oder die Bereicherung des Geſchäftsherrn mit den Auslagen ſteht, ob dieſe mehr oder weniger betragen, denn die zufällige Vereitlung des Erfolges ſteht der actio neg. gest. contr. nicht entgegen.

Was iſt nun aber Rechtens, wenn ſich Jemand widerrechtlich oder aus Irrthum, d. h. in der Meinung, ſeine eigenen Angelegenheiten zu beſorgen, in fremde Geſchäfte eingemiſcht hat?

Anlangend zunächſt die rechtswidrige Einmiſchung, ſo kann dieſe

a. in doloſer Abſicht ſtattfinden, wenn Jemand fremde Angelegenheiten zu ſeinem Vortheil auszubeuten ſucht, si non mea contemplatione, sed sui lucri causa negotia mea gessit et suo lucro non meo commodo studet, — si depraedandi causa ad negotia mea accidit l. 6, §. 3, D. h. t., z. B. wenn Jemand meine Forderungen einzieht, um ſie für ſich zu behalten.

Derartige Fälle kommen weit häufiger vor, als ſie richtig erkannt und beurtheilt werden. Das römiche Recht entſcheidet ſie dahin, daß

α) dem Geſchäftsherrn die actio neg. gest. directa zuſteht, wie gegen den freundſchaftlichen und redlichen Geſchäftsführer. Und das Rechtsgefühl lehrt das auch von ſelbſt, daß der doloſe Eindringling mindeſtens dieſelben Pflichten haben muß, wie der redliche Geſchäftsführer, und daß Derjenige, welcher in der Eigenſchaft als redlicher Mann belangt wird, nicht zu ſeinem Vortheil mit der Einwendung gehört werden kann, er ſei dieſes nicht, ſondern er habe ſeines eigenen widerrechtlichen Intereſſes wegen ſich in fremde Geſchäfte eingemiſcht.

Doch könnte ich mehrere Entſcheidungen badiſcher Gerichte anführen, wo Klagen dieſer Art abgewieſen wurden, weil der Beklagte in Abſicht auf ſein eigenes Beſte gehandelt habe, folglich keine Führung fremder Geſchäfte vorliege! Dieß heißt doch wahrlich den dolus mit gerichtlichen Prämien befördern!

β) dem Geſchäftsführer iſt in dieſem Falle weder das unbedingte Recht auf Erſatz ſeiner Auslagen zugeſtanden, wie dem redlichen Freunde, noch iſt ihm jedes Recht aberkannt. Seine Anſprüche gründen ſich auf die Billigkeitsregel:

„jure naturae aequum est, neminem cum alterius damno et injuria locupletiorem fieri."

und hiernach ſoll er für ſeine Auslagen nur dann und in ſo weit eine Vergütung anſprechen dürfen, als der Geſchäftsherr einen reellen Nutzen aus dem Geſchäfte gezogen hat, in quantum locupletior dominus factus sit.

Dieſelbe Entſcheidung gibt der Zuſatz 1375a und daß ſie dem Geiſte des Geſetzbuches entſpricht, lehren die einzelnen Anwendungen des nämlichen Princips auf den unredlichen Beſitzer einer Sache. Sätze 548, 1381. Dieſes Erſtattungsrecht iſt alſo im Reſultat weſentlich verſchieden von der actio neg. gest. contraria, und ebendieſes Recht iſt

b) in dem Satze 1375a auch demjenigen geſtattet, welcher wider Willen und trotz der Proteſtation des Geſchäftsherrn ſich in fremde Geſchäfte eingelaſſen hat. Juſtinian hat aber hier eine andere Entſcheidung gegeben.

L. ult. C. h. t.

Die älteren römiſchen Juriſten waren nämlich uneinig über die Entſcheidung dieſes Falles. Die Einen behaupteten, daß bei einem ſolchen Geſchäftsführer der animus donandi unterſtellt werden müſſe, welcher jedes Recht auf Erſatz abſchneide, und Juſtinian hat dieſe Meinung gebilligt, während unſer Geſetzgeber die entgegengeſetzte adoptirt hat.

Wenn ferner

c) der Geſchäftsführer die Grenzen des Nothwendigen

Digitized by Google

und Nützlichen überſchritten, wenn er ſich in luxuriöſe Verwendungen oder gewagte Speculationen eingelaſſen hat, ſo gibt ihm der Satz 1374 a ganz konſequent das nämliche Recht auf Vergütung wie in den Fällen a) und b), denn auch hier ſchlägt die Regel durch, neminem damno alterius u. ſ. w..

Es fragt ſich jetzt nur noch, wie derjenige Geſchäftsführer zu behandeln ſei, welcher irrthümlich das Intereſſe eines Andern beſorgt. Daß der Irrende nicht ſchlimmer gehalten werden darf, als der Unredliche, und daß ihm daher jedenfalls eine Vergütung bis zum Betrage der Bereicherung des Geſchäftsherrn die in den Fällen der widerrechtlichen Einmiſchung zuerkannt werden muß, wird ſich wohl von ſelbſt verſtehen, allein es wird nicht ſelten zwiſchen dieſem und dem eigentlichen Geſchäftsführer gar kein Unterſchied gemacht, ſondern Beiden dieſelbe Klage zugeſtanden, wie denn auch Brauer l. c. dieſer Meinung zu ſein ſcheint. Dieſe Anſicht verträgt ſich aber weder mit der Billigkeit, noch mit den Geſetzen.

Im Allgemeinen gilt es als culpa, wenn ſich Jemand in Geſchäfte eindrängt, die ihn nichts angehen,

l. 36, de R. J.

und wenn man es nach l. 1, D. h. t. dem öffentlichen Intereſſe für angemeſſen erachtet hat, die Freundſchaft, womit Jemand die Angelegenheiten des irgendwie verhinderten Geſchäftsherrn beſorgt, zu unterſtützen und zu befördern, ſo kann doch Derjenige, welcher gar nicht daran dachte, zum Beſten eines Anderen zu handeln, vielmehr in eigennützigen Abſichten an die Geſchäfte gekommen iſt, weder nach dem Grund des Geſetzes, noch nach Billigkeit verlangen, daß ihm, ohne Rückſicht darauf, ob der Andere einen Nutzen gehabt hat, der unbedingte Erſatz ſeiner Auslagen aus fremdem Beutel zu Theil werde, ſo wenig als auch der Geſchäftsherr alle Rechte gegen ihn hat wie gegen den eigentlichen Geſchäftsführer. So z. B. nicht auf Fortführung des Geſchäfts, weil der Irrende ſich nicht dazu verpflichten wollte, wie der aus Freundſchaft handelnde Geſchäftsführer.

G nz in dieſem Sinne hat unſer Geſetzbuch einzelne Fälle ſolcher Art entſchieden.

Wer in gutem Glauben Pflanzungen, Gebäude und Werke auf fremdem Boden anlegt, mithin auf dieſe Weiſe irrthumlich das Geſchäft eines Andern führt, hat nicht den unbedingten Erſatz ſeiner Auslagen anzuſprechen, ſondern nur den Mehrwerth des Bodens, alſo dasjenige, um was der Eigenthümer bereichert iſt, ſoferne es der letztere nicht vorzieht, die Auslagen zu vergüten, was er natürlich in dem Falle thun wird, wenn die Auslagen geringer ſind, als der Mehrwerth. Satz 555. Man hat zwar die gegentheilige Anſicht dadurch unterſtützen wollen, daß im Artikel 1372 das Wort „freiwillig" weggelaſſen — ſomit Irrthum und gute Abſicht auf eine Linie geſtellt ſeien; da jedoch mit jenem Worte gar nicht der animus negotia gerendi, ſondern nur der Mangel einer beſonderen Verpflichtung angedeutet werden ſollte, ſo iſt dieſes Argument ohne allen Werth.

Nach dem Bisherigen iſt alſo die richtige Anſicht dieſe, daß in allen Fällen, wo Jemand fremde Geſchäfte geführt hat, wo es aber an dem einen oder andern Erforderniß der eigentlichen Geſchäftsführung fehlt, dem Geſchäftsführer nicht die actio negot. gest. contraria auf unbedingten Erſatz der Auslagen zuſteht, ſondern daß er ſeine Auslagen nur in ſo weit fordern kann, als der Geſchäftsherr bereichert iſt. Iſt dieſe Bereicherung den Auslagen gleich, oder iſt ſie größer, ſo ſchwindet in dieſem einzelnen Falle allerdings der practiſche Unterſchied; man kann aber deßwegen nicht behaupten, ein ſolcher ſei im Allgemeinen nicht vorhanden.

Die Römer leiten dieſe Befugniſſe des uneigentlichen Geſchäftsführers aus der in den Pandecten oft ausgeſprochenen Billigkeitsregel ab, daß Niemand zum Schaden eines Anderen bereichert werden ſoll und wir ſehen aus dem Bisherigen, daß dieſe Regel überall Platz greift, wo das Vermögen der einen Perſon ärmer geworden, d. h. wo Etwas aus dieſem Vermögen ohne Equivalent hinausgekommen iſt, dagegen das Vermögen eines Anderen durch eben dieſes Ereigniß reicher, d. h. in den Activen vermehrt, oder in den Paſſiven verringert wurde — wo alſo ein Cauſalnexus zwiſchen dem Aermerwerden des Einen und der Bereicherung des Anderen ſtattgefunden hat. Weitere poſitive Erforderniſſe zur Begründung des Rechts auf Vergütung ſind nicht vorgeſchrieben. Selbſt der Unredliche hat darauf Anſpruch, um ſo mehr der Irrende und insbeſondere wird ſchlechthin kein Unterſchied gemacht zwiſchen Irrthum im Recht und zwiſchen Irrthum in thatſächlichen Vorausſetzungen. Wenn ein ſolcher Irrthum obwaltet, ſo hat er den Character eines Irrthums in den Beweggründen und dieſer ändert

Digitized by Google

die Folgen des Princips weder zum Vortheil, noch zum Nachtheil des Aermergewordenen. Es genügt an dem Schaden auf der einen und an der Bereicherung auf der andern Seite und die Willensbeſchaffenheit kommt, — ſoweit es ſich um dolus oder culpa handelt, nicht in Anſchlag.

Nur zwei negative Erforderniſſe müſſen als Beſchränkung dieſes Grundſatzes aufgeſtellt werden.

Derſelbe findet

1) dann keine Anwendung, wenn das fragliche Ereigniß auf Vertragsverhältniſſen beruht und dieſes kann wieder in doppelter Weiſe gedacht werden.

Es kann nämlich

a. der eine Contrahent durch den Vertrag zum Schaden des anderen und wider deſſen Abſicht bereichert werden, indem der letztere durch den Vertrag verletzt wurde. Hier gilt nach Satz 1313 die allgemeine Regel, daß der Verletzte den Vertrag auf den Grund der Verletzung allein nicht umſtoßen, beziehungsweiſe eine Ausgleichung fordern kann, wenn nicht in einzelnen Fällen eine Ausnahme gemacht iſt, wie es bei Theilungen und bei dem Verkauf von Liegenſchaften geſchah, weil es das Geſetz für unbillig hielt, daß der Eine zum Nachtheil des Anderen über ¼ resp. ⁷⁄₁₂ bereichert wird. Es geſtattet deßwegen eine ausnahmsweiſe Klage auf Umſtoßung des Vertrags resp. Ausgleichung des Verluſtes. Bemerkenswerth aber iſt, daß es bei dieſer Klage ebenfalls nicht auf den Irrthum und insbeſondere nicht darauf ankommt, ob der Verletzte ſich im Recht oder in Thatſachen geirrt hat. Bei Theilungen, die verletzend ſind, iſt der erſtere Irrthum weit häufiger der Grund der Verletzung als der zweite und es wäre durchaus gegen den Sinn und Zweck des Geſetzes, eine Unterſcheidung zu machen und die Umſtoßungsklage wegen Rechtsirrthum zu verwerfen.

Es kann

b. ein Dritter factiſch aus einem actum inter alios Nutzen gezogen haben; z. B. es iſt ihm, das von einem Anderen geliehene Geld geſchenkt, oder es iſt ſein Eigenthum durch Verwendung von Geldern verbeſſert worden, welches der Beſitzer der fremden Sache geliehen hat, u. ſ. w. Eine Klage des Contrahenten, deſſen Vermögen auf dieſe Weiſe zum Beſten eines Dritten verwendet wurde, iſt, im Allgemeinen nicht ſtatthaft. Nur ſofern der Gegencontrahent ein Klagrecht gegen den Dritten erworben hat, kann ſich der Gläubiger nach Satz 1166 in deſſen Rechte einweiſen laſſen.

Der Grund, warum hier die Regel, nominem damno alterius, u. ſ. w. keine Anwendung leidet, liegt nahe. Der Contrahent hat eine Klage gegen ſeinen Mitcontrahenten et rem amisisse is tantummodo videtur, qui adversus nullum ejus persequendae actionem habet

l. 14. §. 1. D. de R. J.

Wer alſo ein Klagerecht erworben hat, kann den Dritten gegenüber juriſtiſch nicht von einem damnum reden, wenn auch ſein Klagerecht wegen Mangel an Zahlungsmitteln zur Zeit erfolglos ſein ſollte.

Hievon finden wir jedoch einige Ausnahmen im römiſchen Rechte, wornach dem verlierenden Contrahenten gegen den allgemeinen Grundſatz eine Klage wider einen Dritten eingeräumt iſt, in ſo weit dieſer in Folge des Geſchäfts als bereichert erſcheint. Dieſe exceptionelle Klage gegen den Dritten nennen die Römer die actio de in rem verso. Solche tritt aber nur ein bei dem Verhältniß des Hausſohnes zu dem Hausvater, wenn der Letztere aus Verträgen des Erſteren bereichert wurde, ferner dann, wenn ein Dritter von einem der Contrahenten ohne Auftrag oder über dieſen hinaus repräſentirt wurde, alſo mit der Vertragsklage nicht belangt werden kann, aber dennoch einen Vortheil aus dem Geſchäft gezogen hat, ohne daß in dieſer Benützung des Geſchäftes eine ratihabitio des Ganzen liegt.

Ueber dieſe Ausnahmen darf aber die actio de in rem verso bei Vertragsverhältniſſen nicht ausgedehnt werden und mit Recht erklärt,

Puchta Pandecten §. 277 ff.

jede weitere Ausdehnung dieſer Klage in Vertragsverhältniſſen für einen entſchiedenen Irrthum.

Damit ſind jedoch anderer Seits keineswegs diejenigen Klagen verworfen, die ſich, wie oben gezeigt, gleichfalls auf eine versio in rem ſtützen, aber nur beim Mangel eines Vertragsverhältniſſes eintreten. Auch dieſe Klagen nennt man jetzt mit Recht, actiones de in rem verso, obwohl ſie Einige als actio in factum und als actio neg. gest. utilis bezeichnen, was natürlich in ſo lange, gleichgültig iſt, als man über das Weſen und den Zweck der Klage einig iſt. Der Grund, warum die Römer hier nicht von einer *actio* de in rem verso ſprechen, liegt einfach darin, weil ſie in dieſen Fällen überhaupt nur

Digitized by Google

im Weg der *Einrede* ein Erſtattungsrecht anerkannt haben. Doch hat ſchon der gemeine Gerichtsgebrauch außer der Einrede auch eine Klage eingeräumt.

Bekanntlich wird bei uns darüber geſtritten, ob eine actio de in rem verso im letzteren Sinne nach dem badiſchen Landrechte anzuerkennen ſei, und die Verneinung dieſer Frage hat zum Nachtheil des materiellen Rechts die Oberhand in der Praxis gewonnen, während Viele, welche dieſer Meinung ſind, anderer Seits eine Klage aus Geſchäftsführung zulaſſen, obwohl es an den Erforderniſſen derſelben fehlt.

Wenn nun anders obige Ausführungen begründet ſind, ſo läßt ſich dieſe Verwirrung der Begriffe einfach löſen. Die actio de in rem verso findet in Vertragsverhältniſſen bei uns nicht ſtatt, wohl aber außerhalb des Vertragsrechts, ſo oft der Nichterſatz des Schadens eine unbillige Bereicherung auf fremde Koſten zur Folge haben würde, und die Erforderniſſe der negatorium gestio nicht vorhanden ſind.

Dieſes erkennt auch

Zachariä III. Bd. §. 376

unter Verweiſung auf die Sätze 548, 554, 555, 1241, 1437, 1926 an, und er geht nur in ſo fern zu weit, als er nach der Note 5 auch in ſolchen Fällen die actio de in rem verso geſtatten will, wo ein Dritter aus einem actum inter alios bereichert wurde, denn die Durchführung dieſes Grundſatzes im Vertragsrechte würde wahre Abſurditäten zur Folge haben. Selbſt das römiſche Recht iſt gegen eine ſolche Ausdehnung, obwohl dort nicht nur die gleichen, ſondern noch weit mehr Anhaltspunkte für dieſelbe zu finden wären.

Nach unſerem Landrechte kann der Regel, welche Zachariä aufſtellt, unter der eben beigefügten Beſchränkung noch viel weniger die Anerkennung verſagt werden, weil die Zuſätze 1374 a und 1375 a das Princip derſelben, daß Niemand auf Koſten eines Anderen bereichert bleiben ſoll, nicht blos für beſtimmte einzelne Fälle, ſondern ſo allgemein ausſprechen, daß ſich jeder vorkommende Fall, wenn er nicht ſpeziell entſchieden iſt, dahin ſubſumiren läßt.

2) Ein weiteres negatives Erforderniß für alle bisher genannten Klagen beſteht darin, daß der Aermergewordene nicht die Abſicht gehabt habe, den durch ſeine Handlungsweiſe Bereicherten zu *begünſtigen* und zu *beſchenken*, denn wenn der animus donandi vorlag, ſo kann weder die eine noch die andere dieſer Klagen aus ganz natürlichen Gründen zugelaſſen werden. Selbſt bei einer Verkürzung in Verträgen fällt die Klage weg, wenn das wirkliche Daſein einer freigebigen Abſicht erwieſen iſt, und wenn die Erklärung, daß man ſchenken wolle, nicht blos als ein Verzicht auf die Anfechtungsklage, ſomit als eine durch Vertragsklauſeln erſuchte Vereitlung des geſetzlichen Zweckes erſcheint.

L.R.S. 1674 und *Troplong* de la vente zu dieſem Artikel.

Ob der animus donandi in dem einzelnen Falle vorhanden war oder nicht, muß im Zweifel, wie überhaupt die *innere* Beſchaffenheit einer Handlung, aus den Umſtänden, aus Indizien entnommen werden, denn es ſtreitet eine geſetzliche Vermuthung weder für, noch gegen jene Abſicht.

Wer z. B. ein fremdes Kind zur Erziehung und Pflege übernimmt, bereichert dadurch entweder den Ernährungspflichtigen, indem er ihm nothwendige Ausgaben erſpart, oder er bereichert das Kind ſelbſt, ſofern dieſes eigenes Vermögen und keinen Ernährer hat. Wenn nun die Pflege aus menſchlichem Antheil oder exigente pietate übernommen wurde, ſo findet eine Klage nicht ſtatt und ein ſolcher animus iſt namentlich bei Verwandten zu unterſtellen, ſo lange nicht das Gegentheil aus beſtimmten Indicien hervorleuchtet, wie dieſes näher erörtert iſt in

l. 27 §. 1, l. 34, 44, D. h. t.
l. 5 §. 14, D. de al. lib. 25, 3.
l. 2, 15 C. h. t. 2, 19.

Hiemit wäre nun gezeigt, welchen Einfluß Unredlichkeit und Irrthum im Recht oder in Thatſachen *in der erſten Abtheilung* des Kapitels von den Halbverträgen ausüben, und wir haben insbeſondere geſehen, daß dieſe Willenseigenſchaften der actio de in rem verso nicht entgegenſtehen, ſondern nur der actio neg. gest. contraria.

Der weitere Abſchnitt, welcher übrigens im Urtext nicht einmal einen beſonderen Abſchnitt bildet, handelt von der

II. Condictio indebiti.

Wer eine Leiſtung empfängt, die ihm nicht gebührt, wird ebenfalls zum Schaden eines Andern bereichert und weil dieſes der Billigkeit widerſtreitet, auch das Behalten einer mit Unrecht empfangenen Zahlung unhonorig iſt, muß der Empfänger die Leiſtung zurückgeben. Darum führt die l. 14 D. h. t. jene Billigkeitsregel ausdrücklich

Digitized by Google

als die Baſis der condictio idebiti auf, und es ſagt die l. 66 ibid.: condictio est ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit.

Wenn nun

1) der Empfänger der Nichtſchuld bei der Empfangnahme der Leiſtung weiß, daß er die Leiſtung nicht zu fordern hat, und ſie dennoch annimmt, ſo wird nach römiſchem Rechte dieſe Unredlichkeit einem Diebſtahle gleichgeſtellt, und es kann der Empfänger mit der furti actio belangt werden: „furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit“ l. 18 D. 13. 1.

Auch bei uns iſt der unredliche Empfänger, weil er doloſe handelt, nach S. 1378 zu mehr verpflichtet, als Derjenige, welcher in dem guten Glauben an ſein Recht eine Zahlung annimmt. Bei Demjenigen aber fehlt der dolus, welcher in einem Rechtsirrthum befangen iſt.

Wenn

2) der Zahlende weiß, daß er nichts ſchuldig iſt, und bei der Leiſtung dennoch erklärt, daß er eine beſtimmte, nicht exiſtirende, Verbindlichkeit tilgen wolle, ſo fehlt es offenbar an dem animus solvendi. Dieſer iſt nur zum Scheine angenommen, und die wahre Abſicht kann nichts anderes, als eine Schenkung ſein. Daher die Regel: qui sciens indebitum solvit, donasse videtur, oder: cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est. l. 53. D. de R. J.

Es iſt alſo auf Seiten des Zahlenden ein Irrthum deßwegen nothwendig, weil ſonſt der Natur der Sache nach eine Schenkung vorliegt, und das Geſchenkte nicht zurückgefordert werden kann, wie es auch bei den sub. I. erörterten Klagen der Fall iſt. Gewöhnlich wird nun aber dieſes Erforderniß eines Irrthums von einer ganz anderen Seite aufgefaßt. Man ſtellt die condictio indebiti in eine Linie mit derjenigen Klage, welche in Vertragsverhältniſſen aus einem Irrthum entſpringt, und mit welcher wegen des Irrthums die Umſtoßung des Vertrages begehrt werden kann. Man glaubt, daß, wie das eigentliche Fundament jener Umſtoßungklage der Irrthum iſt, ſo auch bei der condictio indebiti der Irrthum der eigentliche und Hauptgrund der Klage ſei. Von dieſem Geſichtspunkte aus muß man dann nothwendig zu der Folgerung kommen, daß der Rechtsirrthum ſchädlich ſei, denn die Umſtoßungsklage kann nicht auf einen Irrthum geſtützt werden, der ſelbſt verſchuldet iſt, und dazu gehört der Rechtsirrthum. Die Unrichtigkeit dieſes Vergleiches und dieſer Analogie ergibt ſich jedoch aus einer ganz einfachen Betrachtung. Bekanntlich wird der Irrthum in den Beweggründen bei Verträgen gar nicht berückſichtiget. Der irrende Contrahent kann darauf hin den Vertrag in keiner Weiſe anfechten. Nun iſt aber der Irrthum des Zahlenden bei der condictio indebiti ſtets ein Irrthum in den Motiven,

Puchta, Pandecten §. 309.

und wer alſo die Grundſätze über Irrthum in Verträgen auf die condictio indebiti anwenden will, müßte zu dem Reſultate gelangen, daß die Zahlung niemals zurückgefordert werden kann, weil der Zahlende ſich ſtets nur in den Motiven geirrt hat.

Mit der Hinweiſung auf den Irrthum bei Verträgen wird alſo zu viel, und darum nichts bewieſen. Iſt aber dieſe Analogie ſchlechthin verwerflich, ſo müſſen wir bei der condictio indebiti ein ganz anderes Prinzip aufſuchen, und dieſes liegt in dem Satze, daß Niemand zum Schaden eines Anderen bereichert werden ſoll. Daß dieſe Regel ihrer Natur nach jede Unterſcheidung zwiſchen den einzelnen Arten des Irrthums nothwendig ausſchließt, hat ſchon

Mühlenbruch, Archiv für civ. Praxis. II. Band. S. 419 ff.

trefflich nachgewieſen und ebendeßhalb den Rechtsirrthum bei der cond. indebiti in Schutz genommen. Offenbar wird der Irrthum des Zahlenden nicht deßwegen verlangt, damit der Zähler nicht als culpos handelnd erſcheine; ſo wenig als das Wiſſen der Nichtſchuld als eine *culpa* oder gar als *dolus* der condictio entgegenſteht. Man iſt daher nicht berechtiget, mit Rückſicht auf Verſchulden oder Nichtverſchulden eine Unterſcheidung zwiſchen den Arten des Irrthums aufzuſtellen, und zum offenbaren Nachtheil des materiellen Rechts die condictio zu beſchränken.

Man wird jedoch entgegenhalten

1) daß der bekannte Satz 1 b die allgemeine Regel ſanctionire: es ſoll der Rechtsirrthum niemals verziehen werden. Ich gebe gerne zu, daß dieſer Satz ſeine Anwendung leidet, wo der Mangel eigenen Verſchuldens eine Bedingung der Klage bildet. Wir haben jedoch geſehen, daß dieſes bei all' den Klagen, die aus dem oft erwähnten Billigkeitsprincip entſpringen, nicht der Fall iſt. Wir

Digitized by Google

haben geſehen, daß in dem nämlichen Kapitel, in welchem die cond. indebiti abgehandelt wird und resp. in den unmittelbar vorausgehenden Artikeln des Geſetzbuches der Rechtsirrthum die Klage auf Rückgabe deſſen, um was der Andere bereichert iſt, nicht hindert, daß ſogar die Unredlichkeit jene Klage nicht ausſchließt. Wir haben ferner geſehen, daß ſelbſt in Vertragsverhältniſſen der Rechtsirrthum nicht ſchadet, ſobald eine unbillige Verletzung den Grund der Klage bildet. Es liegt alſo der klarſte Beweis vor Augen, daß die Anwendung des Satzes 1 b trotz ſeiner allgemein lautenden Worte gewiſſen Beſchränkungen unterworfen iſt, und daß das Geſetzbuch gerade dort, wo es ſich um die Durchführung des Princips der cond. ind. handelt, zwar nicht ausdrücklich, aber doch folgeweiſe derartige Beſchränkungen aufgeſtellt hat. Damit iſt das aus Satz 1 b hergeleitete Argument gebrochen und es iſt gegen alle Regeln der Auslegung, wenn man die Beſchränkung jenes Satzes, welche in dem nämlichen Kapitel und in Folge der Anwendung des gleichen Princips im Geſetzbuche ausgeſprochen iſt, bei der condictio indebiti beſtreiten will.

Ich muß

2) einiger weiterer Behauptungen gedenken, welche v. *Savigny* aufgeſtellt hat, um die Anſicht Mühlenbruchs, daß der Rechtsirrthum hier nicht ſchade, zu widerlegen.

Der Stand der Sache nach röm Recht iſt folgender:

In den Digeſten iſt durchaus keine Stelle enthalten, welche davon ſpricht, daß der Rechtsirrthum die cond. indebiti ausſchließe, vielmehr ergibt ſich aus einzelnen Stellen das Gegentheil.

z. B. l. 1 D. 35, 4.

Auch ſagt die l. 7 D. de jur. et facti ign. 22, 6 ausdrücklich: juris ignorantia suum petentibus non nocet. Dagegen ſind einige Stellen im Codex enthalten, welche die ſonſt einfache Entſcheidung der Streitfrage ſchwierig machen.

So namentlich

l. 10. C. 1. 18.

l. 6. 7. C. 4. 5.

Sofern nun die gegentheilige Anſicht, welche übrigens im römiſchen Rechte jedenfalls ſo viele Ausnahmen und Beſchränkungen erleidet, daß die Härte derſelben faſt gänzlich ſchwindet, durch dieſe Coderſtellen belegt werden ſoll, berührt uns der Streit nicht, denn jene Stellen ſind unſerem Geſetzbuche fremd geblieben.

Was dieſes über die Zahlung zur Ungebühr ſagt, iſt aus den Digeſten entlehnt.

Nun hat aber v. *Savigny* nicht blos auf den Grund jener Coderſtellen, ſondern aus allgemeinen Gründen die ſcharfe Argumentation Mühlenbruch's zu widerlegen verſucht, und dieſe Widerlegung könnte auch für uns von Bedeutung ſein.

Soweit nämlich Mühlenbruch ſeine Folgerungen aus dem Vorderſatze zieht, daß die cond. indebiti auf der Regel beruhe, es dürfe Niemand zum Schaden eines Anderen bereichert werden, wendet

v. *Savigny* III. B. S. 447 ff.

ein:

„Dieſes Princip ſei ſo unbeſtimmter und allgemeiner Natur, daß es eine unmittelbare Anwendung auf die Beurtheilung einzelner practiſcher Fälle gar nicht zulaſſe — denn ſonſt könnte jeder theure Kauf angefochten werden, weil dadurch der Verkäufer zum Nachtheil des Käufers bereichert würde.“

Es iſt mir ſehr aufgefallen, wie eine ſolche Behauptung aus der Feder von *Savigny*'s fließen konnte. Einmal ſchon deßwegen, weil die Degeſten jene Regel ausdrücklich als das Prinzip der cond. indebiti bezeichnen. Dann aber noch mehr deßwegen, weil es eine ausgemachte Sache iſt, daß jenes Princip in Vertragsverhältniſſen nicht zur Anwendung kommt, vielmehr wie ſchon oben gezeigt, nur außer dieſem Kreiſe ſeine Herrſchaft ausübt, mithin das Beiſpiel, womit das ganze Princip unter die leeren Sprüchwörter verwieſen werden ſoll, ſehr übel gewählt iſt. Das argumentum ad absurdum iſt um ſo mehr mißlungen, als darüber kein Zweifel ſein kann, daß die Römer jenes Princip in dem Gebiete, das ihm zur Herrſchaft angewieſen iſt, aufs Conſequenteſte durchgeführt haben.

In unſerem Geſetzbuche iſt zwar jene allgemeine Rechtsregel, wie ſo viele andere Regeln dieſer allgemeinen Art nicht wörtlich ausgeſprochen, allein wir ſehen aus einer Reihe von einzelnen Sätzen, daß ſie nichts anderes als Conſequenzen jenes höheren Prinzips ſind, daß es ſomit vom Geſetzgeber anerkannt iſt, und wie im römiſchen Rechte ſo auch bei uns der condictio indebiti zum Grunde liegt. Wenn ich nun bedenke, daß alle Diejenigen, welche bisher für die Schädlichkeit des Rechtsirrthums bei der cond. indebiti geſprochen, ſolches nach eigenem Bekennt-

Digitized by Google

niß mit widerſtrebendem Rechtsgefühl gethan haben, wie es auch dem Einſender ſelbſt ergangen iſt, ſo darf ich hoffen, daß dieſe Vertheidigung der entgegengeſetzten Meinung ein willkommener Anlaß zur wiederholten Ueberlegung dieſer practiſch ſo wichtigen Streitfrage werden dürfte, denn es handelt ſich um den Sieg einer Anſicht, welche jeder Billigdenkende als die richtige anerkennen muß, ſobald er die Scheingründe der ſchrofferen Rechtsanſicht zu überwinden weiß, was den Franzoſen ſchon längſt gelungen iſt. (Fortſetzung folgt.)

II.

Oberhofgericht.

1) Die geſetzliche Vermuthung des L.R.S. 1282 ſchließt den Gegenbeweis aus.

2) Dieſe Vermuthung kommt dem Schuldner auch dann zu ſtatten, wenn die freiwillige Ausfolgung der Schuldurkunde an einen Dritten geſchehen iſt.

In einer Privaturkunde vom 28. Juli 1837 hatte T. bekannt, dem F. für Waaren die Summe von 1,655 fl. 18 kr. ſchuldig geworden zu ſein.

Für den Fall, daß die Zahlung nicht innerhalb ſechs Monaten erfolgen ſollte, waren vom 28. Januar 1838 an Zinſen zu 5 Procent bedungen.

Vor Ablauf dieſes Termins begab ſich der Schuldner in's Ausland, ohne Zahlung geleiſtet zu haben.

Am 24. Auguſt 1839 empfing indeſſen der Gläubiger von dem Vater des Schuldners eine Zahlung von 1,000 fl. gegen Ausfolgung der gedachten Urkunde, wovon er eine Abſchrift behielt.

Als einige Zeit nachher der Schuldner in ſeine Heimath zurückgekehrt war, belangte ihn der Gläubiger auf Zahlung einer Reſtſchuld von 974 fl. 28 kr., indem er vortrug, daß er auf der zurückgegebenen Privaturkunde den Empfang der 1000 fl. nur als Abſchlagszahlung quittirt, und dieſe Zahlung zuerſt auf die bis dahin verfallenen Zinſen, den Reſt aber auf die Hauptſchuld ſelbſt abgerechnet habe. Mit den ſeit dem 24. Auguſt 1839 weiter verfallenen Zinſen ſei nun die Reſtſchuld zu dem eingeklagten Betrag angewachſen. Es wurde noch hinzugefügt, daß der Vater des Schuldners bei der Zahlung jener 1000 fl. auch für die Tilgung des Reſtbetrags Sorge zu tragen verſprochen habe.

Der Beklagte ſchützte dagegen vor: die urſprüngliche Forderung ſei durch Uebereinkunft zwiſchen ſeinem Vater und dem Kläger wegen Ueberſetzung auf 1000 fl. reducirt, ſohin mit der Zahlung dieſer Summe, und durch die freiwillige Zurückgabe der Handſchrift vom 28. Juli 183. die ganze Schuld getilgt worden.

Darauf wurde der Kläger mit ſeiner Forderung in allen drei Inſtanzen abgewieſen.

Die Entſcheidungsgründe der letzten Inſtanz lauten dahin:

„Käme es auf die Einrede der Ermäßigung an, ſo müßte der Kläger vorerſt noch darüber gehört, und dieſe Thatſache im Falle der Verneinung zum Beweis ausgeſetzt werden. Es genügt jedoch zur Entkräftung der Klage ſchon an der auf L.R.S. 1282 geſtützten Einrede.

Der Kläger hat nämlich nach ſeinem eigenen Vortrag gegen den Empfang von 1000 fl. die von dem Beklagten ausgeſtellte Schuldurkunde an deſſen Vater freiwillig ausgehändigt, und überall nicht behauptet, daß er durch Zwang oder Betrug dazu vermocht worden ſei. *)

Der L.R.S. 1282 ſpricht zwar nur von der Zurückgabe an den Schuldner; da indeſſen die Zahlung, welche ein Dritter im Namen des Schuldners und für deſſen Rechnung leiſtet, dieſen nach L.R.S. 1236 befreit, ſo muß auch die Aushändigung der Schuldurkunde an den Zähler für den Schuldner ſelbſt als Rückgabe gelten.

Wäre auch wider die geſetzliche Vermuthung des L.R.S. 1282 ein Gegenbeweis zuläſſig **), ſo würde doch die vom Kläger vorgelegte Quittung nichts für ihn beweiſen. L.R.S. 1330.

Wenn übrigens, wie Kläger behauptet, der Vater des Beklagten die Zahlung des Reſtbetrags gleichfalls übernommen hat, ſo iſt dadurch nach Anſicht des L.R.S. 1274, auch ohne Zuſtimmung des urſprünglichen Schuldners eine Rechtswandlung vorgegangen ***), in deren Folge ſich der Gläubiger an den neuen Schuldner halten muß ꝛc."

D. R.

*) Vergl. *Rogron* V. Cod. ad art. 1282, und Annalen von 1841. S. 149.

**) Siehe Annalen von 1837. S. 65, und Zachariä 4. Aufl. II. Bd. S. 287.

***) Vergl. *Rogron* l. c. ad art. 1274, und v. *Vangerow* Pand. III. Bd. S. 136.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 9. Karlsruhe den 28. Februar 1846.

I.

Actenſtücke *)

aus dem Anklageproceſſe gegen den Obergerichtsadvocaten Guſtav von Struve in Mannheim, als Verfaſſer der Schrift „Briefwechſel zwiſchen einem ehemaligen und einem jetzigen Diplomaten."

wegen grober Beleidigung der Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums.

I. Anklage vom 15. October 1845.

In Folge der dieſſeitigen Klage vom 28. September l. J. hat das Stadtamt Mannheim durch Beſchluß vom 3. d. M. gegen den Rubrikaten gerichtliche Unterſuchung erkannt, und mir, nach deſſen Vernehmung, die Acten zur weitern Amtshandlung am 11. d. M. mitgetheilt.

Auf den Grund dieſer Vorunterſuchung klage ich den Verfaſſer des Briefwechſels zwiſchen einem ehemaligen und jetzigen Diplomaten, herausgegeben von Guſtav von Struve ꝛc. der groben Beleidigung des Großherzoglichen Staatsminiſteriums und ſeiner Mitglieder an.

In der ebengedachten Druckſchrift kommt nämlich vor:

„S. 60. 61. Legitim iſt keineswegs, was der Anſicht irgend eines Machthabers, ſondern was den Geſetzen entſpricht (lex, legitimus). Den Geſetzen entſpricht die landſtändiſche Verfaſſung, die Preßfreiheit, die Religionsgleichheit und die Handelsfreiheit. Den Geſetzen entſpricht die Selbſtſtändigkeit der deutſchen Bundesſtaaten. Dadurch, daß die Diplomaten alle dieſe Geſetze umſtürzten, haben ſie ſich des Hochverraths ſchuldig gemacht. Allein die dieſen Umſturz begründenden Beſchlüſſe wurden dadurch nicht legitim. Sie ſtehen und werden immer ſtehen bleiben im Widerſpruch mit den Grundgeſetzen des deutſchen Bundes.

S. 60. 61. Der Umſturz der Bundesacte enthält ſogar nach dem Bundesbeſchluſſe vom 18. Auguſt 1836 einen Hochverrath. Nach dieſem, von dem Bundestage ſelbſt ausgegangenen Beſchluſſe iſt jedes Unternehmen gegen die Exiſtenz, die Integrität, die Sicherheit oder die Verfaſſung des deutſchen Bundes Hochverrath oder Landesverrath.

Von dieſem Standpunkte mußten die Männer der Oppoſition ausgehen. Sie mußten nicht blos alle diejenigen Staatsdiener, welche an dem Umſturz der Bundesacte Theil nahmen, oder die deren Umſturz enthaltenden Beſchlüſſe aufrecht erhalten hatten, für Hochverräther erklären, ſondern ſie mußten auch von dieſem Geſichtspunkte aus ihre weitere Maßregeln treffen."

Dieſen Vorwurf des Hochverraths hat der Angeklagte wiederholt, und beſonders zu begründen geſucht in dem 18., 19., 20. und 21. Brief S. 67 bis 104 der fraglichen Schrift, und ich bezeichne daher dieſe Briefe im Ganzen, ſowie insbeſondere folgende Stellen als verletzend und beleidigend:

„S. 67. Wenn wir von einer Verletzung der Bundesacte, und einem, vermittelſt derſelben begangenen Hochverrathe ſprechen, ſo ꝛc.

S. 101. Uebrigens genügt es, daß ſie einmal rechtswidrig waren, um meine Behauptung zu rechtfertigen; diejenigen Staatsdiener, welche an denſelben thätigen Antheil genommen, hätten ſich des Hochverraths ſchuldig gemacht."

„S. 102. Die Rechtswidrigkeit der Verfahrungs-

*) Mitgetheilt von K. Ammann.

Digitized by Google

weiſe der bei den genannten Beſchlüſſen betheiligten Diplomaten, wird aber durch zwei Umſtände noch erhöht:

1) dadurch, daß ſie ſich im Namen ihrer Regierungen das gegenſeitige Verſprechen wechſelſeitiger Hülfe zum Zweck der Durchführung der gemeinſchaftlich beſchloſſenen Verfaſſungsänderung ertheilten;

2) und dadurch, daß ſie die wichtigſten, die bedeutungsvollſten dieſer Beſchlüſſe §§. 1, 2, 14—60 der Wiener Conferenz von 1834 geheim gehalten.

Durch den erſten dieſer beiden Momente erhielten jene Beſchlüſſe durchaus den Charakter eines geheimen Complottes oder einer Verſchwörung.“

„§. 104. Alle diejenigen Staatsmänner erſcheinen daher als Hochverräther, welche in irgend einer der genannten Beziehungen thätig waren.“

Da nun das Großherzogthum Baden ein Theil des deutſchen Bundes iſt, die Großherzogliche Regierung zu den Bundesbeſchlüſſen von 1819 bis 1836 mitgewirkt hat, und an deren Aufrechthaltung gegenwärtig noch feſt hält, ſo trifft der Vorwurf:

daß alle diejenigen Staatsmänner, welche zu den fraglichen Bundesbeſchlüſſen mitgewirkt haben, und an deren Aufrechthaltung noch feſthalten, Hochverräther ſeien, und ſich des Complotts ſchuldig gemacht hätten, — auch die Mitglieder der Großherzoglich badiſchen Staatsregierung, und folglich die Mitglieder des gegenwärtigen höchſtpreislichen Staatsminiſteriums.

Wären dieſe Vorwürfe in Wahrheit gegründet, ſo könnten die Mitglieder unſerer oberſten Staatsbehörde mit dem Tode beſtraft, oder doch in ſofern, als das Großherzogthum einen Beſtandtheil des deutſchen Bundes, und die Geſetzgebung des Letztern einen Theil des badiſchen Staatsrechts bildet, von den im §. 9 des Geſetzes vom 5. October 1820

(Regierungsblatt Nr. XV. S. 82).

gedrohten Strafen getroffen werden.

Durch jene grundloſen und falſchen Beſchuldigungen hat ſich demnach der Verfaſſer und Herausgeber der incriminirten Druckſchrift zufolge §. 1 und 2 des Geſetzes über Ehrenkränkungen des ſchon bezeichneten Vergehens ſchuldig gemacht, welches nach §. 29 des Preßgeſetzes mit dem Ausgeben des Buches vollendet wurde.

Die von dem Angeklagten in Abrede geſtellte Abſicht zu beleidigen, ergibt ſich nicht allein aus dem zum gewaltſamen Widerſtand gegen die Regierung aufreizenden Inhalt der Schrift im Allgemeinen, ſondern auch ſpeciell aus der an ſich verletzenden Form der gebrauchten Ausdrücke, welche zugleich den ohnehin unmöglichen Beweis der Wahrheit ausſchließt, ſelbſt abgeſehen davon, daß denkbarerweiſe nur die Stände des Großherzogthums ein Intereſſe haben könnten, Anklagen der vorliegenden Art auf dem durch das Geſetz vom 5. October 1820 vorgezeichneten Weg zu erheben.

Die dieſſeitige Legitimation zur gerichtlichen Verfolgung des Verfaſſers iſt nach §. 43 des Preßgeſetzes um ſo gewiſſer begründet, als der Angeklagte in der Vorunterſuchung ſelbſt behauptet hat, daß die von ihm zur Sprache gebrachten Verhältniſſe ſich auf den Dienſt der betreffenden Staatsbeamten beziehen.

Der mit der Klage vom 28. v. M. vorgelegte Erlaß des Großherzoglichen Juſtizminiſteriums vom 15. September d. J. enthält im Eingang den Auftrag des höchſtpreislichen Staatsminiſteriums, den Rubrikaten im Wege des Preßgeſetzes gerichtlich verfolgen zu laſſen — und dient ſomit dem Staatsanwalt zur Vollmacht.

Da der §. 12 (Abſatz 2 und 3) des Geſetzes über Ehrenkränkungen hieher keine Anwendung leidet, ſo kann nach dem Vorbemerkten der Legitimationspunkt keinem Anſtand unterliegen.

Was hiernächſt die zu erkennende Strafe betrifft, ſo beſteht dieſelbe nach den §§. 1 bis 3 des allegirten Geſetzes in Gefängniß.

Die Beleidigung eines Vorgeſetzten iſt nach allgemeinen Grundſätzen ein Erſchwerungsgrund, welcher hier wegen der hohen Stellung des beleidigten Theils in erhöhtem Maße eintritt.

Ein weiterer Erſchwerungsgrund liegt in der Verübung der Injurien durch den Druck (§§. 4 und 6 ibid.). Hieran reiht ſich zugleich das Recht, die Unterdrückung oder Vernichtung der ſträflichen Druckſchrift,

(Preßgeſetz §. 24)

und den öffentlichen Anſchlag des Urtheils,

(Ehrenkränkungsgeſetz §. 11)

zu begehren.

Digitized by Google

Ich ſtelle daher, ohne mich dermalen ſchon auf die offenbar unſtatthaften Einreden der rechtskräftigen Entſcheidung und der Verjährung einzulaſſen, an den hohen Gerichtshof den rechtlichen Antrag:

> Den Angeklagten der groben Beleidigung der Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums für ſchuldig zu erklären, und denſelben dafür in eine Gefängnißſtrafe von acht Wochen, ſowie in ſämmtliche Koſten zu verurtheilen, auch die Unterdrückung, beziehungsweiſe die Vernichtung der incriminirten Druckſchrift, und den öffentlichen Anſchlag des Urtheils zu verordnen.

II. Urtheil des unterrheiniſchen Hofgerichts vom 13. November 1845.

Der Angeklagte iſt zugeſtandenermaßen verantwortlicher Verfaſſer der im Verlage von J. Bensheimer dahier, unter dem Titel „Briefwechſel zwiſchen einem ehemaligen und einem jetzigen Diplomaten, von Guſtav von Struve" erſchienenen Druckſchrift.

Auf den Grund derſelben hat der Großherzogl. Staatsanwalt Klage wegen grober Beleidigung der Mitglieder der oberſten Großherzoglich Badiſchen Staatsbehörde erhoben und zu deren Begründung im Weſentlichen angeführt:

Aus den sub pag. 60, 61, 101, 102 und 104 enthaltenen Stellen der incriminirten Schrift gehe hervor, daß der Verfaſſer alle diejenigen Staatsmänner, welche zu den in der Schrift näher bezeichneten Bundesbeſchlüſſen von 1819 bis 1836 mitgewirkt hätten und an deren Aufrechthaltung noch feſthielten, Hochverräther nenne und des Complottes beſchuldige.

Auch die Großherzogliche Regierung habe zu jenen Beſchlüſſen mitgewirkt und halte an deren Aufrechthaltung noch feſt, jener Vorwurf treffe daher auch die Mitglieder der Großherzoglich Badiſchen Staatsregierung und folglich die Mitglieder des gegenwärtigen Großherzoglichen Staatsminiſteriums, es habe ſomit der Angeklagte ſich grober Beleidigung gegen dieſelben ſchuldig gemacht.

Bei der rechtlichen Würdigung dieſer Anklage wirft ſich zunächſt die Frage auf, ob der Großherzogliche Staatsanwalt zur Proceßführung und die gegenwärtigen Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums zur Sache legitimirt ſind.

Was die erſtere betrifft, ſo hat der Angeklagte dem Großherzoglichen Staatsanwalt dieſelbe mit Bezug auf §. 12 des Ehrenkränkungsgeſetzes beſtritten, allein mit Unrecht, indem nicht nur aus der incriminirten Schrift, ſondern auch aus der gegen den Angeklagten gepflogenen Vorunterſuchung hervorgeht, daß ſich die von ihm zur Sprache gebrachten Verhältniſſe nicht auf das Privatleben der von ihm angegriffenen Staatsmänner, ſondern auf deren öffentlichen Dienſt beziehen; in dieſem Falle iſt der Großherzogliche Staatsanwalt aber gemäß der Beſtimmung des §. 43 des Preßgeſetzes auf Antrag der beleidigten Stelle oder des beleidigten Staatsdieners oder der dieſem vorgeſetzten Behörde zur Klagerhebung berechtigt. —

Ein derartiger Antrag liegt auch hier vor, da ſich aus dem den Vorunterſuchungsacten beiliegenden Erlaſſe des Großherzoglichen Juſtizminiſteriums vom 15. September d. J. ergibt, daß der Auftrag zur Klagerhebung nicht von dieſem ausgegangen iſt, ſondern daß demſelben eine höchſte Entſchließung aus Großherzoglichem Staatsminiſterium zu Grunde liegt.

Anders verhält es ſich indeſſen in Anſehung der Legitimation zur Sache ſelbſt. Aus dem angeführten Inhalte der Anklage geht nämlich hervor, daß dieſelbe nicht darauf geſtützt wird, der Verfaſſer der incriminirten Schrift habe die gegenwärtigen Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums ſpeciell und namentlich beleidigt, ſondern nur durch eine Schlußfolgerung gelangt die Anklage zu dieſer Behauptung, durch die Schlußfolgerung nämlich, daß, weil der Angeklagte alle Staatsmänner, welche zu den in Frage ſtehenden Beſchlüſſen mitgewirkt hätten, und daran feſthielten, als Hochverräther bezeichne und weil die Großherzogliche Regierung dazu mitgewirkt habe und noch daran feſthalte, folgeweiſe auch dieſen und beziehungsweiſe den gegenwärtigen Mitgliedern des Großherzoglichen Staatsminiſteriums jener Vorwurf gemacht werde. —

Das Daſein der Legitimation zur Sache hängt alſo theils von der Richtigkeit der Prämiſſen, auf denen jene Schlußfolgerung beruht, theils von der Bündigkeit des aus ihnen abgeleiteten Schluſſes ab, es iſt demnach erforderlich, jene Schlußfolgerung einer nähern Prüfung

Digitized by Google

zu unterwerfen, und hiebei zeigt es ſich, daß dieſelbe jeder Haltbarkeit entbehrt.

Zunächſt iſt nämlich nicht außer Acht zu laſſen, daß die Anklage nicht wegen Beleidigung des Großherzoglichen Staatsminiſteriums als ſolchen, als einer Staatsſtelle, als einer moraliſchen Perſon, erhoben iſt, ſondern daß die Anklage den Angeſchuldigten, wie ſie wohl auch nicht anders konnte, da derſelbe überall nur von Diplomaten und Staatsmännern im Allgemeinen, nicht von beſondern Staatsſtellen, als moraliſchen Perſonen, ſpricht, ausdrücklich wegen Beleidigung der gegenwärtigen Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums gerichtlich verfolgt.

Als Hauptfundament der Anklage erſcheint nun zuvörderſt die Behauptung, daß, weil der Angeklagte alle Staatsmänner, welche an den in der Schrift näher bezeichneten Beſchlüſſen *thätigen Antheil genommen, zu deren Zuſtandekommen mitgewirkt hätten*, Hochverräther nenne, derſelbe damit auch den gegenwärtigen Mitgliedern des Großherzoglichen Staatsminiſteriums dieſen Vorwurf gemacht habe. Allein dieſe Argumentation läßt ſich in keiner Weiſe rechtfertigen.

Es iſt nämlich offenkundig, daß die gegenwärtigen Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums zur Zeit, als diejenigen Beſchlüſſe, durch welche die Karlsbader Beſchlüſſe zu Bundesbeſchlüſſen erhoben wurden, gefaßt worden ſind, und als die von dem Angeklagten bezeichneten Bundesbeſchlüſſe von den Jahren 1831, 1832 und 1834 in's Leben traten, nicht insgeſammt Mitglieder dieſer höchſten Staatsbehörde waren; *alle* Mitglieder derſelben, *und darauf geht doch die Anklage*, konnten ſonach durch den Vorwurf des Angeklagten, daß diejenigen Staatsmänner, *welche zu dem Zuſtandekommen jener Beſchlüſſe mitgewirkt hätten*, Hochverräther ſeien, nicht getroffen werden, in dieſer Beziehung könnte daher die Sachlegitimation nur hinſichtlich derjenigen Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums als vorhanden angenommen werden, welche damals ſchon Mitglieder dieſer höchſten Staatsbehörde waren.

Wäre aber auch die Anklage in dieſer beſchränkten Weiſe erhoben worden, ſo läge noch keine rechtliche Gewißheit darüber vor, ob und inwiefern jene Mitglieder wirklich zum Zuſtandekommen der fraglichen Beſchlüſſe mitgewirkt haben, da bekanntlich die Mitwirkung zu Bundesbeſchlüſſen von Seite unſerer, wie jeder Bundesregierung zunächſt durch Vermittlung ihres Geſandten geſchieht, und es weder offenkundig, noch ſonſt nachgewieſen iſt, daß die Inſtruktion oder der Auftrag des Geſandten zur Mitwirkung zu den fraglichen Beſchlüſſen der Ausfluß einer Entſchließung der ſämmtlichen Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums, und insbeſondere derjenigen Mitglieder deſſelben war, welche damals Mitglieder dieſer höchſten Staatsbehörde waren, und es gegenwärtig noch ſind. Sind nach unſerer Verfaſſung auch ſämmtliche Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums für das verantwortlich, was im Namen der Großherzoglichen Regierung überhaupt geſchieht, ſo iſt eine ſolche Verantwortlichkeit doch weſentlich verſchieden, von der Mitwirkung zu einer von der Regierung ausgegangenen Maßregel, und beziehungsweiſe von einer mit ihrer Zuſtimmung erfolgten Mitwirkung zu einem Bundesbeſchluſſe, wie ſie der Angeklagte im Auge hat. Ohne die Nachweiſung einer wirklichen Mitwirkung kann daher von keinem jener Mitglieder behauptet werden, daß es von dem Angeklagten durch den Vorwurf des Hochverrathes, den er aus der bloßen Mitwirkung zu den fraglichen Beſchlüſſen ableitet, getroffen werde.

Inſofern die Anklage aber weiter eine Ehrenkränkung darin zu finden glaubt, daß der Verfaſſer geſagt habe, auch *diejenigen Staatsmänner, welche an den in Frage ſtehenden Beſchlüſſen feſthielten*, ſeien Hochverräther, daß folglich dieſe Beſchuldigung auch auf die gegenwärtigen Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums Anwendung erleide, ſo ſteht dem entgegen, daß die Letztern dieſe Stellen der incriminirten Schrift ihrer Allgemeinheit wegen auf ſich zu beziehen, nicht berechtigt ſein können.

Es fehlt nämlich dieſem Vorwurfe des Angeklagten an dem erſten Erforderniß jeder Ehrenkränkungsklage, an einer beſtimmten Perſönlichkeit, gegen welche derſelbe gerichtet iſt.

In Ermanglung einer ſolchen hätte der Angeklagte wenigſtens von ſpeciellen Handlungen und Thatſachen reden müſſen, auf welche nicht nur der Begriff des Feſthaltens an jenen Beſchlüſſen anwendbar geweſen wäre, ſondern aus denen auch die Folgerung abgeleitet werden konnte, daß jener Vorwurf auch auf die gegenwärtigen

Digitized by Google

Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums paſſe. Von ſolchen Momenten enthält jedoch die Anklage nichts.

Fehlt es, dem bisherigen zufolge, den gegenwärtigen Mitgliedern des Großherzoglichen Staatsminiſteriums an der Legitimation zur Sache, ſo ſtellt ſich ſchon hiernach die erhobene Klage als verwerflich dar, ohne daß es weiter darauf ankommt, ob die incriminirten Aeußerungen des Angeklagten die zum Thatbeſtand einer Ehrenkränkung erforderlichen Merkmale an ſich tragen, und ob insbeſondere auch dem Angeklagten der Vorwurf gemacht werden kann, daß er die Abſicht zu beleidigen gehabt habe.

Aus dieſen Gründen und nach Anſicht des §. 19 des Strafedikts wegen der Koſten wird zu Recht erkannt:

Es ſei die erhobene Anklage, unter Verfällung der Großherzoglichen Staatskaſſe in die Koſten, abzuweiſen.

III. Votum der hofgerichtlichen Minorität.

Die Minorität hielt in Betreff der Activlegitimation den Umſtand für unerheblich, daß die Ankläger in der fraglichen Druckſchrift nicht namentlich aufgeführt ſeien, daß mithin die den Gegenſtand der Anklage bildenden Aeußerungen nur auf dem Wege der Schlußfolgerung mit ihnen in Verbindung gebracht werden könnten. Denn da die Staatsmänner, welche bei den angegriffenen Beſchlüſſen unmittelbar mitgewirkt hätten, in den betreffenden allgemein bekannten Aktenſtücken namentlich bezeichnet, diejenigen aber, welche dazu mittelbar — durch Inſtruirung der Geſandten — mitgewirkt, vermöge ihrer amtlichen Stellung gleichfalls Jedermann bekannt ſeien, ſo habe es für den Leſerkreis, für welchen die Schrift beſtimmt ſei, einer genaueren Bezeichnung überall nicht bedurft. Es könne bei der Frage, ob Jemand durch eine gewiſſe Aeußerung getroffen ſei, immer nur darauf ankommen, daß derſelbe auf irgend eine Weiſe mit Sicherheit erkennbar dargeſtellt ſei, möge dieß nun durch individuelle Merkmale oder durch eine beſtimmte Handlung geſchehen, welche bei dem Kreiſe, an welchen die Aeußerung gerichtet ſei, keinen Zweifel über die gemeinte Perſon entſtehen laſſe. Darauf, ob die Aeußerung ſich gegen *eine* Perſon oder gegen eine Mehrzahl richte, könne nichts ankommen, wenn nur nicht der angegriffene Theil eine Menſchenmenge von unbeſtimmter Ausdehnung (wie z. B. bei ganzen Ständen, Klaſſen, Nationen), ſondern eine Mehrzahl von beſtimmten und bekannten Individuen ſei. So werde z. B. Niemand zweifeln, daß die Activlegitimation begründet wäre, wenn gegen alle Mitglieder eines Gerichtshofs, die bei einem gewiſſen Urtheile, oder alle Mitglieder einer diplomatiſchen Verſammlung, die bei einem Staatsvertrage mitgewirkt hätten, eine beleidigende Aeußerung gemacht werde. Würde man alle Injurien ſtraflos laſſen, bei denen der Injuriant die Nennung von Namen vermieden hat, indem er denkenden und mit den beſprochenen Verhältniſſen bekannten Leſern oder Zuhörern die Hinzufügung der Namen mit Sicherheit überlaſſen konnte, ſo würde es nur einer geringen ſchriftſtelleriſchen oder redneriſchen Gewandtheit bedürfen, um die ſchmählichſten Verleumdungen *gefahrlos* ausbreiten zu können. Man hielt es daher für eine grundloſe Bemängelung der Anklage, daß dieſelbe nur auf einer Schlußfolgerung beruhe.

Was nun die einzelnen Stellen betreffe, auf welche die Anklage gegründet ſei, ſo war man mit der Majorität darin einverſtanden, daß die Ankläger die Aeußerung, welche die *Mitwirkung beim Zuſtandekommen* der Beſchlüſſe von 1819 und 1834 betreffe, nicht auf ſich beziehen könnten, weil nicht alle ſchon zu jener Zeit ihre gegenwärtigen Stellen bekleidet hätten, und ihr Zuſammentreten zu einer gemeinſamen Anklage zeige, daß ſie nur die Schmähungen gegen ihr *gemeinſchaftliches* Wirken, nicht aber die etwa gegen einen oder den andern von ihnen allein gerichteten, verfolgen wollten. Man hielt daher die in die Entſcheidungsgründe aufgenommene Erörterung, ob die ſchon im Jahre 1834 in ihrem dermaligen Amte geweſenen Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums zur Anklage legitimirt wären, für überflüſſig, weil von ihnen eine abgeſonderte Anklage oder auch nur ein abgeſonderter eventueller Antrag nicht erhoben und daher auch nicht zu beurtheilen ſei. Dagegen erklärte man ſich gegen die dortſelbſt weiter ausgeſprochene Anſicht, daß auch dieſe einzelnen Mitglieder nicht zur Klage berechtigt ſeien, weil ihre Mitwirkung bei den fraglichen Beſchlüſſen weder offenkundig noch erwieſen ſei. Man ſah es nämlich als eine offenkundige und ſich von ſelbſt verſtehende Sache an, daß die Inſtruktion eines Geſandten über Gegenſtände, welche nicht dem Geſchäftskreis eines Departements-Miniſteriums angehören, ſondern das ganze ſtaatsrechtliche Verhältniß des Landes betreffen, nur von der oberſten Centralbehörde ausgehen könne. Von mehreren der An-

Digitized by Google

kläger ſei aber aus dem Regierungsblatte amtlich bekannt, daß ſie ſchon damals, wie jene Beſchlüſſe gefaßt wurden, Mitglieder dieſer hohen Behörde waren. Ob nun aber ein oder das andere Mitglied bei jenen Beſchlußnahmen mehr oder weniger thätig geweſen, darauf würde es allenfalls ankommen können, wenn daſſelbe deßhalb gerichtlich beurtheilt werden ſollte; für das Publikum genüge, daß Jemand der betreffenden Behörde angehört habe, um ihm die Verantwortlichkeit für einen von derſelben gefaßten Beſchluß beizulegen und daher auch einen hiergegen gerichteten Angriff auf denſelben mit zu beziehen.

Dagegen glaubte man, daß die Activlegitimation jedenfalls durch diejenigen Stellen des Buchs, welche von der Aufrechthaltung (oder Feſthaltung) jener Beſchlüſſe handeln, begründet ſei. Die Majorität erachtete, daß der Ausdruck „an den Beſchlüſſen feſthalten" zu allgemein ſei, um darin eine beſtimmte Art der Thätigkeit und namentlich einer von den Anklägern ausgegangenen Thätigkeit bezeichnet zu finden. Allein man erinnerte hiergegen, daß die Feſthaltung der Beſchlüſſe, dem allgemeinen Sprachgebrauche nach, nichts anderes bedeuten könne, als die fortwährende Behauptung der Gültigkeit und verbindenden Kraft der Beſchlüſſe verbunden mit ihrem nöthigenfalls zwangsweiſen Vollzuge; ſo müſſe jeder Leſer des Buchs jenes Wort verſtehen und es bedürfe daher keiner Artikulirung einzelner Handlungen des Feſthaltens. Nun ſei aber bekannt, daß die Großherzogliche Regierung von jeher und bis auf die heutige Stunde, bei jeder Veranlaſſung, namentlich auf den Landtagen, die Rechtmäßigkeit und bindende Kraft der publicirten Bundesbeſchlüſſe von 1819 und 1834 behauptet und auf deren Vollzuge beſtanden habe. Die dermaligen Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums gehörten daher ohne Zweifel zu denjenigen Staatsmännern, welche an den erwähnten Beſchlüſſen gegenwärtig noch feſthielten.

IV. Oberhofgerichtliches Urtheil vom 3. Februar 1846.

In Anklageſachen ꝛc. wird auf die von dem Großherzogl. Staatsanwalte ergriffene Appellation nach geſetzlichen Verhandlungen zu Recht erkannt:

das Urtheil des Großherzoglichen Hofgerichts des Unterrheinkreiſes vom 13. Nov. v. J. Nr. 12121 beſagend:

„es ſei die erhobene Anklage unter Verfällung der Großherzogl. Staatskaſſe in die Koſten abzuweiſen" — ſei dahin abzuändern:

der Angeklagte ſei der mittelſt der Preſſe in der Druckſchrift:

„Briefwechſel zwiſchen einem ehemaligen und jetzigen „Diplomaten. Von Guſtav v. Struve. Mannheim. „Verlag von J. Bensheimer 1845" —

Seite 60 bis 104 verübten Ehrenkränkung der Mitglieder des Großherzoglich Badiſchen Staatsminiſteriums für ſchuldig zu erklären und deßhalb zu einer bürgerlichen Gefängnißſtrafe von vier Wochen, ſowie zur Tragung der Koſten beider Inſtanzen, deßgleichen in die Koſten der Straferſtehung zu verurtheilen; auch ſei der für ſtrafbar erkannte Theil der bezeichneten Druckſchrift, inſoweit noch Exemplare davon im Beſitze des Verfaſſers, Verlegers, Buchhändlers oder Druckers ſich vorfinden, oder ſonſt wo hinterlegt und noch nicht verkauft ſind, zu vernichten, und gegenwärtiges Urtheil öffentlich anzuſchlagen.

V. R. W.

Entſcheidungsgründe.

Die Statthaftigkeit der vorliegenden Appellation iſt von dem Angeklagten in ſeiner auf die gegentheilige Beſchwerdeſchrift abgegebenen Erklärung aus dem Grunde beſtritten worden, weil die dort aufgeſtellte Beſchwerde lediglich gegen den Hofgerichtlichen Entſcheidungsgrund gerichtet, eine ſolche Appellation aber bedeutungslos ſei, weßhalb die angezeigte Berufung als gar nicht eingeführt, und, nachdem die geſetzliche Friſt zu ihrer Einführung längſt umlaufen, als verſäumt angeſehen werden müſſe. Dieſe Auffaſſung der Appellationsbeſchwerde und die hieraus abgeleitete Folgerung iſt jedoch nicht begründet. Die appellantiſche Beſchwerde iſt, obgleich ſolche dahin aufgeſtellt wurde:

„daß das Großherzogliche Hofgericht die Anklage auf den Grund, weil es den gegenwärtigen Mitgliedern des Großherzoglichen Staatsminiſteriums an der Legitimation zur Sache fehle, abgewieſen habe;"

dennoch offenbar nicht gegen den mit dem Inhalte des Urtheils angeführten Entſcheidungsgrund, ſondern gegen das Urtheil ſelbſt, nämlich gegen die erfolgte Abweiſung der Anklage im Allgemeinen und gegen die auf den beigefügten Entſcheidungsgrund geſtützte Abweiſung insbe-

Digitized by Google

ſondere gerichtet. Wenn aber hierüber bei der Faſſung der aufgeſtellten Beſchwerde — dieſe für ſich allein betrachtet — noch Zweifel entſtehen könnte, ſo müßte ſolcher jedenfalls durch den mit der Appellationsbeſchwerde verbundenen Antrag beſeitigt werden, welcher ausdrücklich und unbedingt auf Aufhebung des hofgerichtlichen Urtheils und auf Verurtheilung des Angeklagten nach dem in der Anklage vom 15. October v. J. geſtellten Begehren gerichtet iſt.

Schon in der vorderen Inſtanz iſt dem Großherzogl. Staatsanwalte ſeine Legitimation zur Erhebung gegenwärtiger Anklage beſtritten worden, indem man ſich deßfalls auf den §. 12 des Geſetzes über die Ehrenkränkungen und §. 43 des Preßgeſetzes mit der Behauptung berief, daß hiernach der Staatsanwalt wegen Beleidigungen gegen Staatsbeamte zu klagen, nur dann berechtigt ſei, wenn die Beleidigung bei einer Amtsverrichtung ſtattgefunden habe, oder der §. 12 Abſatz 3 des Ehrenkränkungsgeſetzes ſeine Anwendung finde, was hier nicht der Fall ſei, weil der Angeklagte nirgends bei einer Amtsverrichtung Jemanden entgegengetreten ſei, die Verhältniſſe, die er zur Sprache gebracht, ſich auch nicht auf das Privatleben von Staatsdienern, ſondern auf ihren öffentlichen Dienſt bezogen haben, weßhalb nur auf Antrag der einzelnen Staatsdiener, oder der Staatsſtelle, die ſich für beleidigt erachte, die Klage hätte erhoben werden können, ein ſolcher Antrag aber hier nicht nachgewieſen ſei. Nach der ausdrücklichen und klaren Beſtimmung des §. 43 des Preßgeſetzes, welche hier, wo ein Preßvergehen in Frage liegt, für ſich allein ſchon entſcheidend iſt, wenn auch von den Vorſchriften des Geſetzes über die Ehrenkränkungen abgeſehen wird, kann aber der Staatsanwalt bei Beleidigungen gegen eine inländiſche Staatsſtelle, oder, wenn ein öffentlicher Diener in Bezug auf ſein Amt beleidigt wurde, die Klage auf Antrag der beleidigten Stelle, oder des beleidigten Dieners, oder der dieſem vorgeſetzten Behörde erheben. Der Fall, wo ein öffentlicher Diener in Bezug auf ſein Amt beleidigt wurde, liegt nach dem eigenen Zugeben des Angeklagten hier vor, der Staatsanwalt war demnach zur Klage berechtigt, wenn der Antrag auf Erhebung der Klage von den beleidigten Staatsbeamten, oder der ihnen vorgeſetzten Behörde geſtellt worden iſt. Es hat aber der Großherzogl. Staatsanwalt ſogleich mit der eingereichten Klage einen Erlaß des Großherzoglichen Juſtizminiſteriums vom 15. September v. J. in der Originalausfertigung vorgelegt, wornach das Großherzogliche Juſtizminiſterium durch eine höchſte Entſchließung aus Großherzoglichem Staatsminiſterium vom 3. deſſelben Monats, deren Inhalt im Eingang jenes Erlaſſes angeführt iſt, beauftragt wurde, den jetzigen Angeklagten, wegen der in der incriminirten Druckſchrift enthaltenen groben Beleidigung der Mitglieder der oberſten Staatsbehörde, insbeſondere wegen des ihnen gemachten Vorwurfes des Hochverrathes und Complottes, im Wege des Preßproceſſes gerichtlich verfolgen zu laſſen. Da nun das Großherzogliche Staatsminiſterium die ſeinen einzelnen Mitgliedern, für welche die Klage erhoben wurde, vorgeſetzte Behörde iſt, dieſe ſämmtlichen Mitglieder auch die genannte höchſte Staatsbehörde unter dem Vorſitz des Regenten ſelbſt bilden, ſo kann es keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß durch Vorlage des berührten Juſtizminiſteralerlaſſes und die damit gelieferte Nachweiſung des von dem Großherzoglichen Staatsminiſterium ergangenen Auftrages zur gerichtlichen Verfolgung des Angeklagten, die Berechtigung des Staatsanwaltes zur Erhebung der vorliegenden Anklage nach Maßgabe des §. 43 des Preßgeſetzes rechtsgenügend dargethan worden iſt. Das gleiche Reſultat würde aber auch ſelbſt dann angenommen werden müſſen, wenn, gegen das eigene Zugeben des Angeklagten, etwa die Behauptung aufgeſtellt werden wollte, daß die in Frage liegende Beleidigung nicht auf Amtsverrichtungen ſondern auf Handlungen der Beleidigten außer ihrem Dienſte ſich beziehen; denn es würde bei dieſer Unterſtellung nach der Natur des beleidigenden Vorwurfes, welcher den Gegenſtand der Klage bildet, unzweifelhaft die Beſtimmung des §. 12 Abſatz 3 des Ehrenkränkungsgeſetzes und die Schlußbeſtimmung des §. 43 des Preßgeſetzes hier ihre Anwendung finden. wornach der Staatsanwalt auch wegen Beleidigungen gegen Staatsdiener, welche ſich nicht auf den Dienſt beziehen, unter derſelben Vorausſetzung, wie bei Beleidigungen in Bezug auf Dienſthandlungen alsdann klagen kann, wenn mit der Beleidigung, Verhältniſſe zur Sprache gebracht worden ſind, welche im Falle der Wahrheit die vorgeſchriebene Beſſerungsverſuche oder die Dienſtentlaſſung zur Folge haben können.

Der Angeklagte hat ferner gegen die erhobene Klage

Digitized by Google

ſogleich in der Voruntersuchung zwei Einreden vorgeſchützt, welche, wenn ſie begründet und erwieſen wären, das eingeleitete Strafverfahren als nicht mehr zuläßig, und ſohin die jetzt gegen das abweisliche Urtheil des Großherzoglichen Hofgerichts aufgeſtellte Appellationsbeſchwerde als ſchon darum verwerflich darſtellen würden. Es iſt dieſes die Einrede der rechtskräftig entſchiedenen Sache und jene der Verjährung. In der erſteren Beziehung hat man ſich auf das hofgerichtliche frühere Urtheil vom 9. October v. J. Nr. 10,849 über die Beſchlagnahme der incriminirten Druckſchrift berufen, durch welches bereits rechtskräftig ausgeſprochen ſein ſoll, daß in dieſer Druckſchrift der Thatbeſtand eines Vergehens oder Verbrechens nicht vorliege, weil damit eben aus dieſem Grunde die verfügte Beſchlagnahme, welche von der Unterſuchung gegen den Verfaſſer ſich durchaus nicht trennen laſſe, aufgehoben worden ſei. Allein aus dem angerufenen Urtheil und ſeinen Gründen ſowohl, als aus dem ganzen Inhalte der bezüglichen Amts- und Hofgerichtsacten geht auf das Unzweideutigſte hervor, daß mit jenem Urtheile, welches allerdings die Rechtskraft beſchritten hat, lediglich über die Rechtsbeſtändigkeit des früher von Amtswegen angelegten Beſchlages auf die incriminirte Broſchüre erkannt, und daß dieſer Beſchlag, ſoweit ſolcher auf den Grund einer in der fraglichen Broſchüre enthaltenen Beleidigung gegen die Badiſche Staatsregierung verfügt worden war, gerade darum und nur darum aufgehoben wurde, weil nach den beſtehenden Geſetzen ſolche Beleidigungen unter allen Umſtänden nur auf Antrag der Beleidigten gerichtlich verfolgt werden können, ein derartiger Antrag aber der damaligen Beſchlagnahme nicht vorausgegangen war.

Schon hiernach iſt über allen Zweifel gewiß, daß mit jenem früheren Urtheil über den Grund der gegenwärtigen Anklage nicht erkannt worden iſt und nicht erkannt werden konnte, weil dieſe Klage damals noch gar nicht erhoben war, jene frühere Entſcheidung über die Beſchlagnahme ſohin der Zuläſſigkeit der jetzigen Anklage in keiner Weiſe entgegenſteht, die letztere vielmehr gerade jetzt erſt der richterlichen Prüfung unterworfen werden mußte, nachdem durch die erforderlichen Anträge und Nachweiſungen des zur Klage berechtigten Staatsanwaltes das Hinderniß beſeitigt worden iſt, welches der Berückſichtigung ihres Grundes bei dem Erkenntniſſe über den von Amtswegen verfügten Beſchlag entgegengeſtanden war.

Was die Einrede der Verjährung anbelangt, ſo iſt nach den Beſtimmungen im §. 32 des P. G. und im §. 13 des Geſetzes über die Ehrenkränkungen das Recht auf Beſtrafung bei Ehrenkränkungen oder Verleumdungen, welche mittelſt der Preſſe verübt werden, durch Verjährung erloſchen, wenn ſechs Monate von dem Zeitpunkte an abgelaufen ſind, wo das Vergehen vollendet oder ſeitdem das eingeleitete Strafverfahren nicht weiter fortgeſetzt worden iſt.

Daß die eine oder die andere Vorausſetzung hier vorhanden ſei, daß nämlich zur Zeit der Klagerhebung von der Vollendung des Vergehens, oder der etwaigen Einſtellung eines bereits eingeleiteten Strafverfahrens an gerechnet ſechs Monate abgelaufen geweſen ſeien, iſt von dem Angeklagten gar nicht behauptet worden. Seine deßfallſige Einrede ſtellt ſich daher ſchon an und für ſich als unbegründet dar. Derſelbe will dieſe Einrede lediglich mit der Behauptung begründen: daß ſeit der erkannten Beſchlagnahme 10 Wochen verfloſſen ſeien, ohne daß gegen den Verfaſſer der Druckſchrift eine Unterſuchung eingeleitet worden, nach den Vorſchriften des Preßgeſetzes und namentlich des §. 39 aber dieſe Unterſuchung ſogleich nach der erkannten Beſchlagnahme eingeleitet werden müſſe. Die Unerheblichkeit dieſes Vorbringens liegt jedoch auf flacher Hand, da in den angerufenen Vorſchriften des Preßgeſetzes, wornach die Unterſuchung ſogleich nach der erkannten Beſchlagnahme einer Druckſchrift vorgenommen werden ſoll, offenbar keine Beſtimmung über die Verjährung der Preßvergehen und die hierzu erforderliche Zeit, ſondern nur eine Anweiſung für den Richter enthalten iſt, deren Nichtbefolgung auf die Entſcheidung der Frage:

„ob ein Preßvergehen verjährt ſei?“

etwa dann von Einfluß werden könnte, wenn die Einleitung der Unterſuchung bis zum Ablauf der an andern Stellen des Geſetzes auf die Dauer von ſechs Monaten beſtimmten Verjährungszeit unterblieben wäre, was jedoch nach den eigenen Anführungen des Angeklagten hier nicht der Fall iſt; abgeſehen davon, daß die früher erkannte Beſchlagnahme mit der gegenwärtigen Anklage überhaupt gar nicht in Verbindung gebracht werden kann, weil ſie nicht auf Veranlaſſung des jetzigen Anklägers, ſondern lediglich durch die Polizei- und Gerichtsbehörde von Amtswegen verfügt worden war. (Fortſetzung folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. №. 10. Karlsruhe den 7. März 1846.

I.

Actenſtücke

aus dem Anklageproceſſe gegen den Obergerichtsadvocaten Guſtav von Struve in Mannheim, als Verfaſſer der Schrift „Briefwechſel zwiſchen einem ehemaligen und einem jetzigen Diplomaten.“ wegen grober Beleidigung der Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums.

(Fortſetzung und Schluß).

Die Namens der gegenwärtigen Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums wegen grober Beleidigung derſelben durch die Preſſe von dem Staatsanwalte gegen den Verfaſſer der Druckſchrift: —

„Briefwechſel zwiſchen einem vormaligen und einem jetzigen Diplomaten.“ —

erhobene Anklage iſt auf die Behauptung gegründet:

„die benannte Druckſchrift enthalte an den, in der Klage näher bezeichneten Stellen, die Beſchuldigung, daß alle diejenigen Staatsmänner, welche zu den, dort speciell angeführten Bundesbeſchlüſſen vom Jahr 1819 bis 1836 mitgewirkt haben und an deren Aufrechthaltung noch feſthalten, Hochverräther ſeien und ſich des Complottes ſchuldig gemacht hätten; die Großherzoglich Badiſche Staatsregierung habe zu den fraglichen Bundesbeſchlüſſen mitgewirkt und halte an deren Aufrechthaltung gegenwärtig noch feſt, der gemachte Vorwurf des Hochverrathes und Complottes treffe ſohin auch die Mitglieder der Großherzoglich Badiſchen Staatsregierung und folglich die Mitglieder des gegenwärtigen Großherzoglichen Staatsminiſteriums.“ —

Daß die incriminirte Druckſchrift die angeführte Beſchuldigung des Hochverrathes und Complottes im Allgemeinen wirklich enthalte, iſt von dem Angeklagten, welcher ſich für den Verfaſſer dieſer Schrift unumwunden bekannt hat, nicht widerſprochen, und hievon abgeſehen, auch durch den klaren Wortlaut und Zuſammenhang der in der Klage theils vorzugsweiſe und wörtlich angeführten Stellen, theils ihrem ganzen Inhalte nach angerufenen und als beleidigend bezeichneten Briefe Nr. 18, 19, 20, 21 nachgewieſen, wo unter Anderem wörtlich folgendes geſagt wird:

„S. 60—61: Den Geſetzen entſpricht die landſtändiſche Verfaſſung, die Preßfreiheit, die Religionsgleichheit und die Handelsfreiheit. Den Geſetzen entſpricht die Selbſtſtändigkeit der deutſchen Bundesſtaaten. Dadurch, daß die Diplomaten alle dieſe Geſetze umſtürzten, haben ſie ſich des Hochverraths ſchuldig gemacht.“

„S. 61—62: Von dieſem Standpunkte mußten die Männer der Oppoſition ausgehen. Sie mußten nicht bloß alle diejenigen Staatsdiener, welche an dem Umſturze der Bundesacte Theil nahmen, oder die deren Umſturz enthaltenden Beſchlüſſe aufrecht erhalten hatten, für Hochverräther erklären, ſondern ſie mußten auch von dieſem Geſichtspunkte aus ihre weiteren Maßregeln treffen.“

Im Eingange des ſeinem ganzen Inhalte nach incriminirten 18. Briefes erklärt ſich der Verfaſſer mit Bezug auf die vorausgehende Aufforderung im 17. Brief bereit, zwei ſeiner aufgeſtellten Behauptungen näher zu begründen und juriſtiſch durchzuführen. Dieſe Behauptungen beſtehen aber, wie die nachfolgende Ausführung ſowohl, als die vorausgegangene Aufforderung am Schluſſe des 17. Briefs, Seite 66 zeigt, gerade darin:

1) „die Faſſung der Beſchlüſſe, welche unter dem Na-

Digitized by Google

men der Karlsbader bekannt ſind, begründete einen Umſturz der Bundesacte;“

2) „dieſe Beſchlüſſe, ſowie die Beſchlüſſe, welche 1832 vom Bundestage und 1834 zu Wien gefaßt wurden, ſtempelten alle diejenigen Staatsdiener zu Hochverräthern, welche bei deren Faſſung und Aufrechthaltung mitgewirkt hätten.“

In dem 18., 19., 20. und 21. Briefe werden dieſe Behauptungen ſodann zu rechtfertigen geſucht, wobei insbeſondere folgende Aeußerungen zu bemerken ſind:

„S. 67: Wenn wir von einer Verletzung der Bundesacte und einem vermittelſt derſelben begangenen Hochverrathe ſprechen, ſo müſſen wir uns ꝛc.

„S. 83: Man ſollte glauben, durch alle die in meinem vorigen Briefe auseinandergeſetzten Eingriffe in die Souverainitätsrechte der deutſchen Bundesſtaaten ſei das Maß des Hochverrathes, deſſen ſich die Theilnehmer derſelben ſchuldig machten, ſchon gefüllt. Allein die dreißiger Jahre brachten der deutſchen Nation den Beweis, daß die Abweichung vom Wege des Rechtes, unabweisbar immer weiter führt.“

„S. 92: (bezüglich auf die Beſchlüſſe der Miniſterialconferenz vom Jahre 1834)

„Hier finden ſich außer ſämmtlichen Merkmalen des Hochverraths auch ſämmtliche des Complottes.“

„S. 101; Durch dieſe Prolongation der Beſchlüſſe von 1834, ſowie durch Aufrechthaltung aller gerügten Beſchlüſſe nach dem 18. Auguſt 1836 trat der in dieſem Geſetze vorhergeſehene Fall ins Leben. In der einen, wie in der andern dieſer Handlungen liegt ein Unternehmen gegen die Exiſtenz, die Integrität, die Sicherheit und die Verfaſſung des deutſchen Bundes — (welches Unternehmen nach dem angerufenen Bundesgeſetze vom 18. Auguſt 1836 als Hochverrath oder Landesverrath zu beurtheilen und zu beſtrafen wäre).“

„S. 102 — 103: (bezüglich auf die Karlsbader und Wiener Beſchlüſſe von den Jahren 1819 und 1834)

„Die Rechtswidrigkeit der Verfahrungsweiſe der bei den genannten Beſchlüſſen betheiligten Diplomaten, wird aber durch zwei Umſtände noch erhöht:

1) dadurch, daß ſie ſich im Namen ihrer Regierungen das gegenſeitige Verſprechen wechſelſeitiger Hülfe zum Zweck der Durchführung der gemeinſchaftlich beſchloſſenen Verfaſſungsänderung ertheilten, und

2) dadurch, daß ſie die wichtigſten, die bedeutungsvollſten dieſer Beſchlüſſe, die §§. 1, 2, 14 — 60 der Wiener Conferenz von 1834 geheim hielten. — Durch den erſten dieſer beiden Momente erhielten jene Beſchlüſſe durchaus den Character eines geheimen Complottes oder einer Verſchwörung.“ —

„S. 103 — 104: Ich glaube hiermit Dir mein Verſprechen erfüllt und nachgewieſen zu haben:

1) die Faſſung der Beſchlüſſe, welche unter dem Namen der Karlsbader bekannt ſind, ſowie der Beſchlüſſe vom 27. October 1831, 28. Juni 1832 und 12. Juni 1834 begründe den Umſturz der deutſchen Bundesacte in vielen ihrer weſentlichſten Beſtimmungen,

2) zugleich hiemit den Umſturz der Landesverfaſſungen der deutſchen Staaten, inſoferne die deutſche Bundesacte einen Beſtandtheil ihrer Verfaſſungen bildet,

3) inſoferne die Aufrechthaltung der rechtswidrigen Beſchlüſſe in Rede ſteht, ſo iſt das Geſetz vom 18. Auguſt 1836 in Betreff aller derjenigen Handlungen maßgebend, welche nach dieſer Zeit vergenommen wurden, —

4) alle diejenigen Staatsmänner erſcheinen daher als Hochverräther, welche in irgend einer der genannten Beziehungen thätig waren.“

Die in dieſen Stellen klar ausgeſprochene Beſchuldigung des Hochverraths iſt unzweifelhaft für die Ehre derjenigen Staatsbeamten, welche davon betroffen werden, in hohem Grade verletzend und darum als eine ſchwere Beleidigung derſelben zu betrachten, da ſie den Vorwurf eines begangenen peinlichen Verbrechens und zwar eines höchſt ſtrafbaren Verbrechens enthält, welcher als ſolcher entweder nach Maßgabe des §. 1 des Ehrenkränkungsgeſetzes den Character der Verläumdung an ſich trägt, oder mindeſtens als eine gröbliche Verletzung des Rechts der Beleidigten auf Ehre im engern Sinn des §. 3 des angerufenen Geſetzes erſcheint, was einer weitern Ausführung nicht be-

Digitized by Google

darf. Dabei kommt es auf die fernere Beſchuldigung des Complottes oder der Verſchwörung, welche in den angeführten Stellen gleichfalls ausgeſprochen iſt, nicht weiter an und es kann dieſelbe außer allem Betracht bleiben, weil der an und für ſich unbeſtimmte Vorwurf des Complotts nur durch ſeine Verbindung mit jenem des Verbrechens des Hochverrathes eine beſtimmte Bedeutung erhält, die ſchon in dem Vorwurf des Hochverraths enthaltene Beleidigung aber nach bekannten Grundſätzen des Strafrechts, wornach das Complott nur die Folge hat, daß alle Theilnehmer als Miturheber des begangenen Verbrechens beurtheilt werden, keineswegs vergrößert, oder in ihrer Strafbarkeit erhöht. Dagegen erfordert die Frage zunächſt eine nähere Würdigung:

„ob die in der vorliegenden Druckſchrift nur allgemein und ohne Benennung beſtimmter Perſonen ausgeſprochene Beſchuldigung des Hochverraths insbeſondere auch auf die gegenwärtigen Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums, Namens welcher die Anklage erhoben wurde, bezogen, in der gedachten Beſchuldigung ſohin eine Beleidigung dieſer oberſten Staatsbeamten gefunden werden müſſe.“

In der Klage wird das Vorhandenſein einer ſolchen Beleidigung gegenüber von den Mitgliedern der oberſten Staatsbehörde aus der zweifachen Thatſache gefolgert, daß die Großherzogliche Staatsregierung zur Faſſung der fraglichen Bundesbeſchlüſſe mitgewirkt habe, und daß dieſelbe jetzt noch an ihrer Aufrechthaltung feſthalte. — Der Richter der vorderen Inſtanz hat jedoch die aufgeworfene Frage verneinend entſchieden, und in deſſen Folge die Anklage wegen Mangels der Activlegitimation der Kläger zur Sache, abgewieſen, weil zur Zeit der Faſſung der fraglichen Bundesbeſchlüſſe die gegenwärtigen Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums noch nicht insgeſammt dieſe ihre jetzigen Stellen bekleidet haben, und ſelbſt hinſichtlich derjenigen Mitglieder, bei welchen dieſes der Fall war, ihre Mitwirkung beim Zuſtandekommen der fraglichen Beſchlüſſe weder offenkundig, noch erwieſen, überdieß aber die vorliegende Klage auch nicht Namens jener einzelnen Mitglieder, ſondern nur für die Geſammtheit aller Mitglieder der oberſten Staatsbehörde erhoben worden ſei; ſodann weil dem beleidigenden Vorwurfe, inſofern derſelbe auf die Feſthaltung an den fraglichen Bundesbeſchlüſſen ſich gründe, die Anführung von ſpeciellen Thatſachen und Handlungen fehle, auf welche der Begriff des Feſthaltens Anwendung finde, und aus welchen zugleich ſich ergebe, daß der gemachte Vorwurf auf die gegenwärtigen Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums paſſe. — In dieſer Beziehung muß aber als ein ausgemachter, und ſelbſt von dem Großherzoglichen Hofgerichte nicht beanſtandeter Grundſatz hier angenommen werden, daß einzelne Individuen ſowohl als eine Mehrheit von Perſonen auch ohne ihre namentliche Anführung durch eine beleidigende Aeußerung an der Ehre verletzt, und deßhalb zur Klage berechtigt werden können, wenn nur die Perſon des Beleidigten durch die Aeußerung an ſich, oder durch ihre Verbindung mit ſonſtigen Handlungen, Thatſachen oder Umſtänden ſo bezeichnet iſt, daß ſie auf irgend eine Weiſe, ſei es auch auf dem Wege der Schlußfolgerung, mit Sicherheit erkannt werden kann. So wird z. B. kein Richter Bedenken tragen, auf den Grund der Aeußerung, daß derjenige Polizeibeamte, welcher eine gewiſſe Strafverfügung erlaſſen hat, ein Schurke ſei, daß die Mitglieder eines Regierungscollegiums, von welchem eine beſtimmte Verordnung erlaſſen wurde, dem Zuchthaus verfallen ſeien, den betreffenden Polizeibeamten ſowohl, als die Mitglieder der ſo bezeichneten Regierung als beleidigt, und deßhalb zur Klage berechtigt anzuerkennen, denn wenn auch der Beleidigte nicht namentlich genannt wurde, ſo iſt derſelbe doch auf eine Weiſe bezeichnet, daß ſeine Perſon mit Sicherheit erkannt werden kann. In vorliegendem Falle beſteht die beleidigende Aeußerung darin:

„alle diejenigen Staatsmänner ſeien Hochverräther, welche bei der Faſſung oder Aufrechthaltung der in der incriminirten Druckſchrift näher bezeichneten Bundesbeſchlüſſe von den Jahren 1819 bis 1836 mitgewirkt haben.“

Es werden damit ſowohl diejenigen Staatsmänner, welche zur Faſſung der fraglichen Beſchlüſſe mitgewirkt haben, als auch diejenigen, welche bei ihrer Aufrechthaltung thätig waren, für Hochverräther erklärt; der gemachte Vorwurf des Hochverraths iſt daher gegen die jetzigen Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums in dem Falle mit gerichtet, und für dieſe oberſten Staatsbeamten verletzend, wenn es gewiß und bekannt, oder doch auf dem gewöhnlichen Wege in Erfahrung zu bringen iſt, daß dieſelben entweder bei der Faſſung der

Digitized by Google

fraglichen Bundesbeſchlüſſe mitgewirkt haben, oder bei deren Aufrechthaltung auf irgend eine Weiſe thätig waren. Was nun die Thatſache der Mitwirkung bei der Faſſung jener Beſchlüſſe betrifft, ſo kann ſolche allerdings von denjenigen Mitgliedern der oberſten Staatsbehörde, welche dieſe ihre Eigenſchaft erſt ſpäter erlangt haben, nicht behauptet, und ſohin auch der Vorwurf des Hochverraths, insoweit er ſich auf dieſe Thatſache gründet, auf ſie nicht bezogen werden.

Ob diejenigen Mitglieder, welche ſich zur Zeit der erfolgten Bundesbeſchlüſſe, bereits in ihrer jetzigen Stellung befanden, darum allein ſchon berechtigt ſeien, den auf die Mitwirkung bei Faſſung der Beſchlüſſe geſtützten Vorwurf auf ſich zu beziehen, mag dahin geſtellt bleiben, weil eines Theils die jetzt angeſtellte Klage nur die gerichtliche Verfolgung einer den Mitgliedern des Großherzoglichen Staatsminiſteriums in ihrer Geſammtheit widerfahrenen Beleidigung zum Zwecke hat, anderen Theils aber auf eine weitere Erörterung hierüber wenigſtens alsdann nichts ankömmt, wenn bei der Berückſichtigung der Thatſache des Feſthaltens an den fraglichen Bundesbeſchlüſſen allein ſchon durch die daran geknüpfte Beſchuldigung des Hochverraths die gegenwärtigen Mitglieder der oberſten Staatsbehörde in ihrer Geſammtheit berührt, und an der Ehre verletzt werden. Letzteres iſt aber hinſichtlich des größeren Theils der fraglichen Beſchlüſſe unverkennbar der Fall, wie ſich aus Folgendem ergibt.

Die Beſchlüſſe, deren Faſſung ſowohl, als Aufrechthaltung von dem Verfaſſer der Broſchüre mit dem Prädikate des Hochverraths belegt wird, ſind laut der Seite 71 der Druckſchrift enthaltenen näheren Bezeichnung:

1) die in der Sitzung der deutſchen Bundesverſammlung vom 20. September 1819 zu Bundesgeſetzen erhobenen Beſchlüſſe des Karlsbader Congreſſes, welche die proviſoriſche Exekutionsordnung, die in Anſehung der Univerſitäten, ferner die gegen den Mißbrauch der Preſſe verordneten Maßregeln und die Beſtellung einer Centralunterſuchungsbehörde wegen revolutionärer Umtriebe zum Gegenſtand haben; —

2) der Bundesbeſchluß vom 29. Oktober 1831 im Betreff der Einreichung gemeinſchaftlicher Vorſtellungen oder Adreſſen; —

3) der Beſchluß des Bundestags vom 28. Juni 1832 über die Anwendung der §§. 57—59 und 25—26 der Wiener Schlußacte, die Stellung des ſouveränen Staatsherrſchers zu ſeinen Landſtänden betreffend; —

4) der Beſchluß vom 30. Oktober 1834 in Betreff der Errichtung eines Bundesſchiedsgerichts; —

5) die Beſchlüſſe der Wiener Miniſterialconferenz vom 12. Juni 1834, unter welchen der zuletzt berührte Bundesbeſchluß bereits mit enthalten, während ihr angeblicher weiterer Inhalt bisher geheim gehalten worden ſein ſoll.

Was die hier unter Nr. 5 erwähnten Beſchlüſſe der Wiener Miniſteralconferenz vom Jahr 1834 betrifft, ſo ſind ſie weder als Solche, noch in einer andern Eigenſchaft, mit Ausnahme des etwa darunter mitbegriffenen Bundesbeſchluſſes vom 30. Oktober 1834 im Großherzogthum verkündet worden, und ebenſowenig kann ihre Exiſtenz und Aufrechthaltung auf anderem Wege als rechtlich gewiß und bekannt angenommen werden. Sie können daher aus dem der hofgerichtlichen Entſcheidung unterſtellten Grunde des Mangels der Activlegitimation der Kläger zur Sache, oder vielmehr, weil es insoweit, als die Beſchuldigung des Hochverrathes auf die Erlaſſung oder Aufrechthaltung der Wiener Beſchlüſſe vom Jahr 1834 ſich ſtützt, ungewiß bleibt, daß die nur allgemein ausgeſprochene Beſchuldigung auf die Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums zu beziehen ſei, weder in der einen noch in der andern Beziehung zur Begründung der Anklage geltend gemacht werden, und hier überhaupt nicht weiter in Betracht kommen. Dagegen ſind die angeführten Bundesbeſchlüſſe vom Jahr 1819 bis 1834 ausweislich der bezüglichen Regierungsblätter vom Jahr 1819 Seite 161, 1831 Seite 241, 1832 Seite 499 und 1834 Seite 359 ff. ſämmtlich im Großherzogthum Baden ſeiner Zeit durch das Regierungsblatt von dem Staatsoberhaupte ordnungsmäßig zur Nachachtung verkündet worden. Sie haben hierdurch nach Maßgabe des §. 2 der badiſchen Verfaſſungsurkunde für alle Klaſſen der Landesangehörigen geſetzliche Kraft erhalten, ſie machen einen Theil des badiſchen Staatsrechts aus. Die gedachten Beſchlüſſe ſind aber nicht nur verkündet, und hierdurch zu wirklichen Geſetzen, deren Wirkſamkeit noch fortbeſteht, für das dieſſeitige Großherzogthum erhoben worden, ſondern es wurden auch offenkundig, und namentlich noch in der neueſten Zeit, die zu ihrem Vollzuge nöthigen Vorkehrungen und Maß-

Digitized by Google

regeln, z. B. durch Wiedereinführung der Cenſur, wobei im §. 5 der bezüglichen Verordnung vom 28. Juli 1832 ausdrücklich auf das Bundes-Preßgeſetz vom Jahr 1819 — als eine geſetzliche Norm für die Polizeibehörde — verwieſen wurde, durch Beſtellung von Cenſoren zur Handhabung der Cenſur, Ernennung von Regierungsbevollmächtigten für die Beaufſichtigung der Univerſitäten, von Spruchmännern für die Bildung eines Bundesſchiedsgerichts u. ſ. w. von der Großherzoglichen Staatsregierung fortwährend angeordnet und erneuert. Wenn nun von derjenigen Regierung, welche ein ordnungsmäßig verkündetes, und in Wirkſamkeit getretenes Geſetz nicht nur fortbeſtehen ließ, ſondern auch die zu ſeiner Handhabung erforderlichen Anordnungen und dienſtlichen Vorkehrungen jeweils getroffen hat, nach einem unbeſtrittenen Sprachgebrauche mit Recht behauptet wird, daß dieſelbe das betreffende Geſetz aufrecht erhalten, an ſeiner Aufrechthaltung oder fortdauernden Wirkſamkeit feſtgehalten habe, ſo muß dieſes auch von der Großherzoglich badiſchen Staatsregierung hinſichtlich der erwähnten Bundesbeſchlüſſe gelten, und damit anerkannt werden, daß der an die Aufrechthaltung jener Beſchlüſſe geknüpfte Vorwurf des Hochverraths vollkommen auf die badiſche Staatsregierung, ſohin auf das Großherzogliche Staatsminiſterium und die Geſammtheit ſeiner gegenwärtigen Mitglieder paſſe, welche nach der beſtehenden Landesverfaſſung die oberſte verantwortliche Staatsbehörde bilden, und als Solche über den Vollzug und die Aufrechthaltung der Geſetze in höchſter Inſtanz zu beſtimmen und zu wachen haben. Sie gehören darum unzweifelhaft unter diejenigen Staatsmänner, welche an der Aufrechthaltung der fraglichen Bundesbeſchlüſſe thätigen Antheil bisher genommen haben, und ſo lange nicht die geſetzliche Wirkſamkeit jener Beſchlüſſe aufgehoben wird, oder einzelne Mitglieder der oberſten Staatsbehörde ihre Stelle niederlegen, fortwährend Antheil nehmen, deßhalb aber von dem Verfaſſer der vorliegenden Broſchüre für Hochverräther erklärt werden. Daß nicht in der incriminirten Druckſchrift ſelbſt ſchon ſolche ſpecielle Thatſachen angeführt ſind, aus welchen der Begriff des Feſthaltens an jenen Bundesbeſchlüſſen und ſeiner Anwendbarkeit auf die gegenwärtigen Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums gefolgert werden kann, iſt für die Beurtheilung völlig unerheblich, da es, um die mit aller Beſtimmtheit und allgemein ausgeſprochene Beſchuldigung auf dieſe höchſten Staatsbeamten zu beziehen, genügt, daß die Thatſachen, aus welchen ihr Feſthalten an den fraglichen Beſchlüſſen ſich ergibt, gewiß, und für Jedermann erkennbar ſind, welcher ſich mit der badiſchen Geſetzgebung und Verwaltung bekannt machen will. —

Der hofgerichtliche Entſcheidungsgrund, aus welchem die Anklage abgewieſen wurde, ſtellt ſich demnach als unhaltbar dar, und die weitere Prüfung der Letzteren konnte dahier nicht umgangen werden.

Eine Zurückweiſung der Sache an den Richter der vorderen Inſtanz war nicht zuläſſig, weil derſelbe bereits ein definitives Urtheil erlaſſen, die erhobene Anklage — und zwar aus einem die Sache ſelbſt berührenden Grunde — unbedingt abgewieſen hat.

In der Klage iſt das dem Angeklagten zur Laſt gelegte Vergehen nur im Allgemeinen als grobe Beleidigung bezeichnet, welche allgemeine Bezeichnung allerdings ſowohl die Verleumdung, als die einfache Ehrenkränkung umfaßt, und in dieſem doppelten Sinne auch von dem Staatsanwalt ſchon bei der mündlichen Verhandlung in erſter Inſtanz geltend gemacht wurde. Da indeſſen zum Begriffe der Verleumdung nach §. 1 des Geſetzes über die Ehrenkränkungen die wiſſentlich falſche Ausſage einer beſtimmten Thatſache gehört, welche ein von den Geſetzen mit Strafe bedrohtes Verbrechen begründen, oder den Beleidigten der öffentlichen Verachtung preisgeben würde; in dem vorliegenden Fall aber die Beleidigung keineswegs in der dem incriminirten Inhalte der Druckſchrift zu Grunde liegenden Thatſache, der Faſſung oder Aufrechthaltung der fraglichen Bundesbeſchlüſſe nämlich, deren Richtigkeit auf keine Weiſe beſtritten iſt, ſondern lediglich in dem auf dieſe Thatſache geſtützten Urtheile des Verfaſſers gefunden wird, wobei eines Theils eine Täuſchung als Zweck der Verleumdung wenigſtens in Bezug auf das eines eigenen Urtheils fähige Publikum ſchon gar nicht möglich war, andern Theils aber der Beweis des Bewußtſeins der Falſchheit ſeines Urtheils gegen den Angeklagten, welcher dieſes Bewußtſein in Abrede ſtellt, nicht zu führen iſt, weil Irrthum ſeiner Seits immerhin gedenkbar bleibt, ſo fällt der Begriff von Verleumdung hinweg, und es kann das Vergehen, um das es ſich hier handelt, nur als Ehrenkränkung im engeren Sinne beurtheilt werden.

Digitized by Google

Auch gegen den Vorwurf der Beleidigung in dieſem Sinne hat ſich der Angeklagte theils durch die Einrede der Wahrheit der gemachten Aeußerung, theils durch die Behauptung zu ſchützen geſucht, daß er mit dem incriminirten Briefwechſel weder wirklich beleidigt, noch zu beleidigen beabſichtiget, ſondern nur die Abſicht gehabt habe, ſeinem Vaterlande einen Dienſt zu leiſten.

Allein, was zuvörderſt die widerſprochene Abſicht zu beleidigen anbelangt, ſo iſt dieſe zum Thatbeſtande der Ehrenkränkung erforderliche Abſicht überall da als vorhanden anzunehmen, wo die Beleidigung der Ehre eines Andern im Plane des Handelnden lag, ſohin, wo entweder die Kränkung der Ehre eines Andern Hauptabſicht des Handelnden war, oder die in einer andern Hauptabſicht unternommene Handlung, mit dem Bewußtſein geſchah, daß hierdurch die Ehre des Andern verletzt werde, wie ſolches bei objektiv injuriöſen Handlungen der Fall iſt.

Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts 13te Auflage §. 278.

Tittmann, Handbuch des Strafrechts 2te Auflage §. 337.

Kleinſchrod im Archiv des Criminalsrechts Bd. I. Nr. 4 S. 14 ff.

Die Beſchuldigung des Hochverraths und die Bezeichnung einer beſtimmten Klaſſe von Perſonen als Hochverräther gehört aber unverkennbar unter die an ſich oder objectiv beleidigenden Handlungen, die letztere Bezeichnung gehört ſogar in die Klaſſe der formell injuriöſen Aeußerungen; indem dieſe Aeußerung den Vorwurf eines begangenen höchſt ſchweren, von den Geſetzen mit entehrender Strafe bedrohten Verbrechens, in einer die Verächtlichkeit ſelbſt ſchon ausdrückenden Form, enthält, und als ſolche ohne den Willen ihres Urhebers, daß die gemachte Aeußerung für das gelten ſolle, was ſie wirklich iſt, nicht gedacht werden kann. Die Abſicht zu beleidigen iſt daher ſchon durch den Inhalt der gemachten Aeußerung und durch den Umſtand, daß ſolche mit Ueberlegung und ſohin mit dem Bewußtſein ihrer wirklichen Beſchaffenheit gemacht wurde, erwieſen, ohne daß es hierbei weiter darauf ankömmt, ob die verübte Ehrenkränkung zugleich der einzige oder doch der Hauptzweck ihres Urhebers geweſen ſei oder nicht. Denn wäre auch der letzte und Hauptzweck des Verfaſſers der Broſchüre ein anderer, und ſogar, wie er behauptet, ein erlaubter und lobenswerther Zweck geweſen, ſo würde das zu deſſen Erreichung gewählte Mittel der Verunglimpfung dritter Perſonen immerhin als nächſter Zweck im Plane des Handelnden gelegen ſein und die Anwendung dieſes verwerflichen Mittels durch den vorgeblichen Hauptzweck nach bekannten Grundſätzen nimmermehr gerechtfertigt werden können.

Was die vorgeſchützte Einrede der Wahrheit der gemachten Aeußerung betrifft, ſo ſoll nach §. 8, Abſatz 2 des Ehrenkränkungsgeſetzes ſelbſt bei Ehrenkränkungen, welche durch die Preſſe verübt werden, der Beweis der Wahrheit der ausgeſagten Thatſache ausnahmsweiſe dann zugelaſſen, und ſoweit nicht die Beleidigung in der Form der Ausſage oder ihrer Verbreitung liegt, die Strafe aufgehoben werden, wenn die verbreitete Thatſache im Allgemeinen eine Zucht- oder Correctionshausſtrafe zur Folge haben müßte, oder wenn anderufalls der Beſchuldiger zur öffentlichen Bekanntmachung der Beſchuldigung ein beſtimmtes privatrechtliches, oder ein ſtaatsbürgerliches Intereſſe hatte. Der eine ſowohl, als der andere Ausnahmsfall könnte hier, wenn es ſich nur um die Bekanntmachung von Thatſachen handelte, welche eine Beleidigung enthalten ſollen, als vorhanden angenommen werden, da das Verbrechen des Hochverraths im Allgemeinen ſogar mit der Todesſtrafe bedroht iſt, und bei dieſem gegen den Beſtand des Staates ſelbſt gerichteten Verbrechen für jeden Staatsangehörigen das Daſein eines ſtaatsbürgerlichen Intereſſes an der Bekanntmachung der deßfallſigen Beſchuldigung anerkannt werden müßte. Auch hier kömmt aber vor Allem wieder in Betracht, daß die Beleidigung, welche den Gegenſtand der Anklage bildet, nicht in den vom Angeklagten bekannt gemachten Thatſachen, ſondern in der von ihm aus dieſen Thatſachen abgeleiteten Schlußfolgerung enthalten iſt. Hätte der Angeklagte in ſeiner Druckſchrift bloß die Thatſache der Faſſung der fraglichen Bundesbeſchlüſſe und ihre Aufrechthaltung zur Sprache gebracht, oder in ſeiner Darſtellung ſich darauf beſchränkt, dieſe Beſchlüſſe einer wiſſenſchaftlichen Critik, hinſichtlich ihrer Rechtmäßigkeit, Nothwendigkeit, Zweckmäßigkeit und Uebereinſtimmung mit den Grundgeſetzen des Bundes zu unterwerfen, ſo würde ihn die gegenwärtige Anklage, mit welcher nur die gerichtliche Verfolgung des Vorwurfs des Hochverrathes und des Complottes bezweckt wird, nicht

berühren und überhaupt eine deßfallſige Anklage gegen ihn mit Erfolg nicht erhoben werden können.

Auf den Beweis der Wahrheit der in der incriminirten Druckſchrift mitgetheilten Thatſachen, welche offenkundig und auf keine Weiſe beſtritten ſind, kömmt es daher überall nicht an, weil das mit der Anklage verfolgte Vergehen weder in der Mittheilung jener Thatſachen, noch in ihrer Beurtheilung an und für ſich, ſondern nur in der damit verbundenen Schlußfolgerung des Verfaſſers gefunden wird, welche ſich auf die Perſon der bei der Faſſung oder Aufrechthaltung der fraglichen Bundesbeſchlüſſe betheiligten Staatsbeamten bezieht.

Der Angeklagte glaubt zwar, daß, ſobald die von ihm angeführten Thatſachen wahr ſeien, auch ſeine Strafloſigkeit anerkannt werden müſſe, weil er in dieſem Falle nur ſeine Anſicht über wahre Thatſachen ausgeſprochen habe, und, wenn auch ſeine Anſicht unrichtig wäre, doch Jedermann habe erkennen können, daß die gezogene Schlußfolgerung keinen juriſtiſchen Werth habe, darum aber die Folgerung alsdann auch nicht beleidigend, ſondern nur lächerlich ſein würde, wie z. B., wenn aus den mitgetheilten Thatſachen die Schlußfolgerung des begangenen Mordes oder der Brandſtiftung hätte abgeleitet werden wollen.

Wäre dieſe Anſicht richtig, ſo könnte gefahrlos jede Beleidigung verübt und mit dem heiligſten Gute, der Ehre der Staatsbürger, ein verwerfliches Spiel getrieben werden, indem der Beleidigende alsdann nur nöthig hätte, ſeine ehrenrührige Aeußerung mit einer anerkannt wahren — aber mit dem ſchimpflichen Urtheile in keinem Zuſammenhang ſtehenden — Thatſache in Verbindung zu ſetzen, um ſtraflos zu bleiben. Da, wo es im einzelnen Falle gewiß iſt, daß die aus einer wahren Thatſache gezogene, offenbar falſche, beleidigende Schlußfolgerung nur in der jede Zurechnungsfähigkeit ausſchließenden Geiſtesbeſchaffenheit der Perſon des Beleidigers ihren Grund habe, wird ſich freilich nicht leicht Jemand zur Klage veranlaßt finden, weil hier eine Ehrenkränkung, welche ihrem Urheber zugerechnet werden könnte, nicht gedenkbar iſt.

Anders verhält es ſich aber, wenn die Vorausſetzungen der Zurechnungsfähigkeit und die ſonſtigen Bedingungen der Strafbarkeit der gemachten Aeußerung vorhanden ſind. In dieſem Falle kann das beleidigende, falſche Urtheil durch die Wahrheit der damit verbundenen, jenes Urtheil aber auf keine Weiſe begründenden Thatſache darum ſchon nicht gerechtfertigt oder ſtraflos werden, weil ein ſolches Urtheil eben immerhin das von den Geſetzen geſchützte Recht auf Ehre und guten Namen verletzt und weil dieſes ehrenrührige Urtheil jedenfalls mit nichts begründet iſt, namentlich durch die beigefügte, wahre Thatſache nicht begründet wird, und deßhalb ebenſo angeſehen werden muß, als wenn es ohne Verbindung mit irgend einer Thatſache ausgeſprochen worden wäre.

In dem vorliegenden Falle, wo der Angeklagte als Schriftſteller ſeine Anſicht über an ſich wahre Thatſachen dem Publicum in einer Druckſchrift mitgetheilt und die hierbei betheiligten Staatsbeamten einzig durch die aus jenen Thatſachen gezogene Schlußfolgerung an der Ehre verletzt hat, bedarf aber vorerſt noch die Frage der Entſcheidung:

„ob hier die Einrede und der Beweis der Wahrheit überhaupt inſoferne zulaſſig ſei, als mit dieſem Beweiſe nicht die überall unbeſtrittene Wahrheit der angeführten Thatſachen, ſondern vielmehr die Richtigkeit der aus dieſen Thatſachen abgeleiteten, beleidigenden Schlußfolgerung dargethan werden ſoll?“ — ſodann

„ob nicht der Angeklagte, wenn ihm auch ein unrichtiges Urtheil bei ſeinen Schlußfolgerungen zur Laſt fiele, durch das ihm als Schriftſteller zuſtehende Recht einer freimüthigen Beurtheilung beſtehender Zuſtände und Thatſachen gegen den Vorwurf der Ehrenkränkung mit ihrer geſetzlichen Folge geſchützt werde, oder doch wegen etwaigen Irrthums deßfalls vor dem Richter zu entſchuldigen ſei?“ —

Es müſſen aber dieſe Fragen verneinend beantwortet werden.

Der Angeklagte iſt in dem incriminirten Briefwechſel nicht bei den vorgetragenen Thatſachen und ihrer Beurtheilung ſtehen geblieben, ſondern hierbei auf die Beurtheilung von Perſonen und ihren Eigenſchaften eingegangen, indem er alle diejenigen Diplomaten und Staatsmänner, welche bei der Faſſung oder Aufrechthaltung der fraglichen Bundesbeſchlüſſe thätig waren, des begangenen Hochverraths beſchuldigt, für Hochverräther erklärt, dieſe ſeine Beſchuldigung in den incriminirten Briefen auszuführen ſucht, und ſolche zuletzt als gerechtfertigt darſtellt. — Derſelbe hat ſich hiermit, da der Begriff des Hochverraths und die Eigenſchaft eines Hochverräthers, durch das Vorhandenſein einer verbrecheriſchen ſtaatsfeindlichen Geſinnung nothwendig bedingt iſt, über den perſönlichen Charakter und die Geſinnung der betheiligten Staatsbeamten ein dieſe Beamten der öffentlichen Verachtung preisgebendes Urtheil erlaubt, welches, ſoviel die Bezeichnung derſelben als Hochverräther betrifft, ſchon der Form der gemachten Aeußerung nach für die Ehre verletzend iſt, und deßhalb den Beweis der Wahrheit ausſchließt.

Zu einem ſolchen Urtheile war aber der Angeklagte unter keiner Vorausſetzung und ebenſowenig berechtigt, als es jetzt dem Richter zuſteht, die logiſche Folgerichtigkeit jenes ehrenrührigen Urtheils zum Gegenſtande der proceſſualiſchen Verhandlung und Entſcheidung zu machen,

Digitized by Google

aus dem Grunde nicht, weil die Reinheit des auf Realiſirung des Staatszweckes gerichteten Willens der betheiligten Staatsmänner von jedem Staatsbürger bei der Beurtheilung ihrer Handlungen vorausgeſetzt werden muß, ihre Dienſtehre unter dem Schutze der Geſetze ſteht, und über dem Verluſt der Letzteren, ſo wie über das Daſein einer verbrecheriſchen Geſinnung nur der zuſtändige Richter auf vorausgegangene Unterſuchung und unter den geſetzlichen Vorausſetzungen urtheilen kann, und zu urtheilen befugt iſt.

Die vorgeſchützte Einrede der Wahrheit ſtellt ſich demnach, inſoweit ſie ſich auf wirkliche Thatſachen bezieht, und folglich nach Maßgabe des angerufenen Artikels 8 des Ehrenkränkungsgeſetzes zuläſſig wäre, als unerheblich; dagegen inſoweit, als ſolche die Nachweiſung der Folgerichtigkeit der allein als ehrenrührig erkannten Schlußfolgerung bezweckt, als unzuläſſig dar.

Ebenſowenig kann ſich der Angeklagte zu ſeiner Entſchuldigung auf etwaigen Irrthum, und auf das ihm als Schriftſteller zuſtehende Recht einer freimüthigen Beurtheilung der beſtehenden Geſetze und Staatseinrichtungen berufen.

Die deßfallſigen Rechte des Schriftſtellers erſtrecken ſich in keinem Falle ſo weit, daß unter dieſer Firma die Geſinnung und der Charakter der Beamten, welchen die Ausübung der Staatsgewalt anvertraut iſt, ohne alle Verantwortlichkeit verdächtigt, und das von den Geſetzen geſchützte Recht auf Ehre ungeſtraft verletzt werden dürfte. Der Angeklagte hat ſich aber in ſeinem Werke — wie ſchon bemerkt wurde — nicht darauf beſchränkt, die fraglich Bundesbeſchlüſſe einer wiſſenſchaftlichen Kritik hinſichtlich ihrer Rechtmäßigkeit, formellen und materiellen Beſchaffenheit zu unterwerfen, ſondern derſelbe hat zugleich mit der beigefügten Beſchuldigung des Hochverraths über die Geſinnung und den Charakter der betheiligten Staatsbeamten ein ſehr verletzendes Urtheil gefällt, und damit die Grenze der ſchriftſtelleriſchen Freiheit überſchritten.

Sollte er ſich bei dieſem Urtheile auch bloß geirrt haben, ſo war ihm, als Badiſchem Staatsbürger und Anwalte doch jedenfalls bekannt, daß jene Beſchuldigung für die Ehre der betheiligten Perſonen verletzend iſt, das Recht auf Ehre aber unter dem Schutze der Geſetze ſteht, und über den Verluſt derſelben, ſowie über die verbrecheriſche Geſinnung und Eigenſchaft einer Perſon nicht der einzelne Staatsbürger, ſondern nur die zuſtändigen Gerichte zu urtheilen haben, daß endlich insbeſondere diejenigen Staatsbeamten, welchen die Ausübung der Staatsgewalt in oberſter Inſtanz anvertraut iſt, wegen Verletzung der Verfaſſung, oder anerkannt verfaſſungsmäßiger Rechte zufolge Artikel 67 der Verfaſſungsurkunde nur durch die ſtändiſchen Kammern auf dem durch das beſondere Geſetz vom 5. October 1820 vorgeſchriebenen Wege angeklagt, und nur durch den dort bezeichneten Gerichtshof beurtheilt werden können. Es war daher in jedem Falle eine widerrechtliche, und mit dem Bewußtſein ihrer Widerrechtlichkeit unternommene, eben darum aber durch etwaigen Irrthum in der Beurtheilung wahrer Thatſachen nicht zu entſchuldigende Handlung, wenn der Angeklagte, ſtatt zur Geltendmachung ſeiner Anſichten, den geſetzlichen Weg zu betreten, durch die Beſchuldigung des Hochverraths und deren Veröffentlichung ſich das Urtheil über die betheiligten höchſten Beamten ſelbſt angemaßt, und hierdurch dieſelben an der Ehre verletzt hat.

Aus vorſtehenden Gründen und nach Anſicht des §. 3 des Geſetzes über die Ehrenkränkungen mußte auf die von dem Großherzoglichen Staatsanwalte anher ergriffene Appellation das abweisliche Urtheil der vorderen Inſtanz abgeändert, der Angeklagte, der durch die Preſſe verübten Ehrenkränkung der Mitglieder des Großherzoglich Badiſchen Staatsminiſteriums für ſchuldig erkannt, und deßhalb in Betracht:

Daß die vorliegende Ehrenverletzung nicht nur ſchon ihrem Gehalte nach unter die ſchweren Beleidigungen gehört, ſondern auch ihre Strafbarkeit noch durch den zweifachen Umſtand erhöht wird, weil ſolche vermittelſt der Preſſe und von einem Staatsuntergebenen gegenüber von obrigkeitlichen Perſonen — den Mitgliedern der oberſten Staatsbehörde — vollführt wurde, nach Maßgabe der §§. 3, 4 und 6 des Ehrenkränkungsgeſetzes, ſodann der §§. 18 und 19 des Preßgeſetzes zu der im dieſſeitigen Urtheile beſtimmten Strafe von vier Wochen bürgerlichem Gefängniß, welche Strafe mit Rückſicht auf den Umſtand, daß der Staatsanwalt, ſelbſt für den Fall der Annahme des Vergehens der Verleumdung nur acht Wochen Gefängniß beantragt, der Gerichtshof aber hier bloß eine Ehrenkränkung als vorhanden angenommen hat, — dem vorliegenden Vergehen für angemeſſen erachtet wurde, verurtheilt werden. — *)

Zugleich wurde in Gemäßheit des §. 24 des Preßgeſetzes auf deßfallſigen weitern Antrag des Klägers die Vernichtung des für ſtrafbar erkannten Theils der incriminirten Druckſchrift, bezüglich auf alle noch im Beſitze des Verfaſſers, Verlegers, Buchhändlers oder Druckers befindlichen, oder ſonſt hinterlegten, und noch nicht verkauften Exemplare derſelben, deßgleichen nach Vorſchrift des §. 11 des Ehrenkränkungsgeſetzes der öffentliche Anſchlag des gegenwärtigen Urtheils verordnet, und nach Anſicht des §. 19 des Strafedictes die Verurtheilung des Angeklagten in die Koſten beider Inſtanzen ſowohl, als in die Straferſtehungskoſten ausgeſprochen.

*) Es lag nicht in der Abſicht des Staatsanwaltes, den Verfaſſer der fraglichen Druckſchrift wegen Verleumdung anzuklagen. Sowohl im Eingang als am Schluſſe der Anklage iſt das incriminirte Vergehen eine grobe Beleidigung (injuria *atrox*, im Gegenſatz der inj. levis) genannt, und nirgends als Verleumdung bezeichnet, oder die Behauptung aufgeſtellt, daß die nach §. 1 des Geſetzes über Ehrenkränkungen ꝛc. zum Thatbeſtand der Verleumdung erforderlichen Merkmale vorliegen. D. R.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 11. Karlsruhe den 14. März 1846.

Aus dem Eherechte.

1) Streitigkeiten unter Eheleuten, über die Erziehung ihrer Kinder, ſind von den Gerichten in gerichtspolizeilichem Wege zu entſcheiden.

2) Bei faktiſcher Trennung der Ehegatten gebührt dem Manne die Erziehung der gemeinſchaftlichen Kinder, inſofern nicht das Intereſſe der letztern ein Anderes erfordert.

Am 3. Juni 1841 verehelichte ſich Jacob Junker von R. mit der ledigen Catharina Fink von H. Sie nahmen ihren Wohnſitz in H. und führten mit den Eltern der Frau gemeinſchaftliche Haushaltung. Das Zuſammenleben mit den Schwiegereltern führte aber bald zu Störungen, welche nach der Behauptung des Ehemanns durch die Unverträglichkeit und Herrſchſucht des Schwiegervaters veranlaßt wurden. Im Jahre 1842 zogen deßhalb die jungen Eheleute nach R. zu den Eltern des Ehemanns. Allein der Friede währte auch hier nicht lange; die Frau verließ zu wiederholten Malen ihren Ehemann, und wurde durch gerichtliche Hülfe demſelben wieder zugeführt. Endlich erhob ſie am 22. Auguſt 1842 eine Eheſcheidungsklage, gegründet auf die Behauptung harter Mißhandlung und grober Verunglimpfung, wurde jedoch damit theils wegen Grundloſigkeit, theils wegen mangelnden Beweiſes, rechtskräftig abgewieſen.

Am 30. Auguſt 1842 gebar ſie ein Kind, welches in der Taufe den Namen Catharina Eliſabetha erhielt. Ihr Ehemann behauptete, ihm ſei weder von der Geburt dieſes Kindes, noch von deſſen Taufe Kenntniß gegeben worden. Nach Einleitung des Eheſcheidungsverfahrens habe er die Uebergabe des Kindes verlangt, jedoch auf inſtändiges Bitten ſeiner Frau geſtattet, daß es für die Dauer des Proceſſes bei ihr bleibe. Nach Beendigung dieſes Proceſſes weigerte ſich die Frau fortwährend, zu ihm zurückzukehren, und ließ ſich auch durch die polizeilichen Zwangsmittel nicht hierzu beſtimmen. Der Ehemann erhob daher, geſtützt auf L.R.S. 373 und 374 eine Klage auf Auslieferung ſeines Kindes.

Das Bezirksamt leitete proceßordnungsmäßige Verhandlungen auf dieſe Klage ein; die Beklagte beſtritt jedoch die Zuläſſigkeit gerichtlichen Verfahrens, und wendete in der Hauptſache ein: wenn auch die Regel ſei, daß der Vater ſein Kind reklamiren könne, ſo ſeien doch Ausnahmen geſtattet. Eine ſolche werde aber in vorliegendem Falle durch das zarte Alter und die Kränklichkeit des Kindes, welches zur Zeit nur der mütterlichen Pflege, nicht der väterlichen Erziehung bedürfe, ſo wie dadurch begründet, daß die Beklagte durch ihre häuslichen Verhältniſſe eher in der Lage ſei, dem Kinde die erforderliche Pflege zu widmen, als der Kläger. Das Amt ging hierauf von dem proceſſualiſchen zu einem gerichtspolizeilichen Verfahren über, erhob die geeigneten Erkundigungen über die Perſönlichkeit und die häuslichen Verhältniſſe der beiden Ehegatten, und ſprach dann durch Verfügung vom 12. März 1845 aus:

„Das Kind ſei der Beklagten einſtweilen und ſo lange zu belaſſen, als nicht eintretende Umſtände zum Beſten des Kindes eine andere Anordnung nothwendig machen.“

Als hierauf die Sache in Folge der vom Kläger ergriffenen Berufung an das Großherzogl. Hofgericht des Unterrheinkreiſes gelangte, wurde zunächſt über die einſchlagenden Formfragen ſchriftlicher Vortrag erſtattet, und in dieſem Folgendes bemerkt:

„Der Kläger hat ſeinen Anſpruch mittelſt förmlicher

Digitized by Google

Klage geltend gemacht; er iſt auch, nachdem der Anwalt der Beklagten die Unzuläſſigkeit des gerichtlichen Verfahrens vorgeſchützt hatte, darauf beſtanden, daß die Sache auf dem ordentlichen bürgerlichen Rechtswege behandelt werde. Nachdem der Unterrichter in ſeinem Endbeſcheide der Anſicht gefolgt war, daß die Sache nicht zum gerichtlichen, ſondern zum gerichtlich-polizeilichen Verfahren ſich eigne, wurde dieß vom Appellanten zum Gegenſtande einer eigenen Beſchwerde gemacht, die er folgendermaßen begründet:

„Der L.R.S. 373 gibt dem Vater unbedingt die Ausübung der väterlichen Gewalt während der Ehe. Die Ehefrau iſt nach L.R.S. 213 ihrem Ehemanne Gehorſam ſchuldig. Wenn ſie ihm nun entläuft und ſein Kind mitnimmt und ſeinen Anforderungen auf Herausgabe deſſelben nicht gehorcht, ſo muß ihm zur Realiſirung des ihm in dem L.R.S. 373 gegebenen Rechtes ein Mittel zuſtehen, und dieſes Mittel kann kein anderes, als das einer Civilklage, da ein Civilrecht beſtritten wird, vor dem Civilrichter ſein."

Es wird dann weiter bemerkt, daß die Beſtimmungen über die Kindererziehung während des Eheſcheidungsverfahrens darum hier keine Anwendung finden könnten, weil ein ſolches Verfahren nicht eingeleitet ſei, jene Beſtimmungen aber, weil ſie Rechtsabnormitäten enthielten, nicht analog angewendet werden könnten.

Allein es dürfte ſich zeigen laſſen, daß dieſe Anſicht weder der Natur der Sache, noch den betreffenden geſetzlichen Beſtimmungen entſpricht.

Vom allgemeinen Standpunkte aus genommen, biete jedes Familienverhältniß zwei Seiten der Betrachtung dar: die ſittliche und die rechtliche. Während in Bezug auf Vermögensrechte, beſtehe deren Gegenſtand in Sachen oder in einzelnen Handlungen anderer Perſonen, das berechtigte Subject als für ſich abgeſchloſſenes ſelbſtſtändiges Ganze erſcheint, das zu den Gegenſtänden ſeines Rechts in einer rein willkürlichen, meiſt nur vorübergehenden Beziehung ſteht, iſt der Menſch in Bezug auf Familienverhältniſſe nicht als ein für ſich beſtehendes Weſen, ſondern als ein Glied des organiſchen Ganzen der geſammten Menſchheit zu betrachten. Die Gliederung dieſes großen Organismus wird nun aber gerade durch die Familienverhältniſſe gebildet, und in dieſen erſcheint der Einzelne nicht, wie bei den Obligationen, als ein ſelbſtſtändiges Ganze, ſondern als ein unvollſtändiges, der Ergänzung in einem großen Naturzuſammenhange bedürftiges Weſen. Dieſe Ergänzung erfolgt durch die Ehe und die Fortpflanzung, woran ſich in weiterer Entwickelung die Verwandtſchaft ſchließt. Grundlage aller dieſer Mittel zur Ergänzung der unvollſtändigen Individualität iſt das natürliche Verhältniß der Geſchlechter, veredelt durch die Herrſchaft des Sittengeſetzes. Wie ihre Grundlage, iſt aber auch ihr eigentlicher Inhalt ein natürlicher und ſittlicher, von der perſönlichen Willkür unabhängiger. Die Pflichten, die aus ihnen hervorgehen, entſpringen nicht willkürlicher Menſchenſatzung, ſondern der Natur und dem Sittengeſetze; dieſes allein iſt für ſie maßgebend, in ihm allein finden ſie daher auch den etwa nöthigen Schutz. Das ganze ſittliche Element der Familienverhältniſſe, alle durch den Familienorganismus begründeten inneren Beziehungen der einzelnen Familienglieder ſind hiernach weder ein Gegenſtand der Rechtsgeſetzgebung, noch des Privatrechts. *)

Daran ändert der Umſtand nichts, daß unſere Civilgeſetze auch jenes ſittlichen Elementes vielfach gedenken. Die Eheordnung namentlich hebt das ſittliche Verhältniß unter Ehegatten und zwiſchen Eltern und Kindern überall auf die nachdrücklichſte Weiſe hervor, und auch das Landrecht enthält mehrere, hierher einſchlagende Beſtimmungen, z. B. die Sätze 212, 213. 371. Allein, wenn hier der Geſetzgeber den Geboten der Sitte auch ſeine Sanktion beifügte, konnte und wollte er denſelben hierdurch ihre urſprüngliche Natur nicht entziehen, denn Niemand wird wohl daran denken, eine Klage auf Bewahrung ehelicher Treue, auf Bezeigung kindlicher Liebe und Ehrfurcht für möglich zu halten.

Allein, wenn auch die moraliſchen Pflichten, welche den Familiengliedern gegenſeitig obliegen, nicht unter dem Schutze des Rechtsgeſetzes ſtehen, nicht auf dem Rechtswege erzwingbar ſind, ſo iſt damit nicht geſagt, daß gegen Verletzungen dieſer Pflichten unter keinen Umſtänden Abhülfe bei dem Staate zu finden ſei. Vielmehr hat da, wo die Macht des Sittengeſetzes nicht hinreicht, um ſich Geltung zu verſchaffen, die Polizeigewalt

---

*) v. *Savigny*, Syſtem des heutigen Römiſchen Rechts, Band I. S. 340 flgd.

Digitized by Google

des Staates einzuſchreiten, um demſelben Nachdruck zu geben, die Verletzungen desſelben zu beſeitigen.

In richtiger Auffaſſung dieſer Natur der Verhältniſſe hat unſere Eheordnung an vielen Stellen (§§. 3, 27, 28, 42, 44, 53, 59 u. a.) ausgeſprochen, daß alle Streitigkeiten zwiſchen Ehegatten, mögen ſie die gegenſeitigen Pflichten derſelben, oder die Erziehung der Kinder betreffen, von der Polizeibehörde zu behandeln, und in polizeilichem Wege, mit Ausſchluß des civilrechtlichen Verfahrens, zu erledigen ſein. Nur das, was auch der Natur der Sache nach durch das Civilgeſetz zu normiren, und durch die Gerichte zu entſcheiden iſt, nämlich die Vermögensrechte der Ehegatten und Kinder, iſt auch durch die Eheordnung dem Rechtsgebiete überlaſſen.

Was nun namentlich das Recht und die Pflicht der Eltern zur Kinderziehung betrifft, ſo beſtimmt die Eheordnung hierüber im §. 28:

„Ueber die Erziehungspflichten tritt die Unterpolizei mit zweckmäßigen Anordnungen, und, wo nöthig, die Oberpolizei mit allgemeinen Vorſchriften in das Mittel.“

Da nun die Eheordnung nach L.R.S. 311 a und §. XVIII. des erſten Einführungsedicts in jenen Rechtsbeziehungen, welche neben dem Landrechte noch beſtehen können, ſowie in ihren polizeilichen Beziehungen fortdauernde Gültigkeit behalten hat, die hier in Frage ſtehende Beſtimmung aber gerade polizeilicher Natur iſt, ſo kann deren fortwährende Anwendbarkeit wohl nicht bezweifelt werden.

Nach dem Bisherigen dürfte ſo viel feſtſtehen, daß der klägeriſche Anſpruch nicht in den Formen der Proceßordnung, ſondern auf polizeilichem Wege zu erörtern und zu entſcheiden iſt, wie ſolches auch der Unterrichter gethan hat.

Die Frage kann jetzt nur noch die ſein: welches die Oberpolizeibehörde ſei, die über die Beſchwerde gegen die amtliche Verfügung zu erkennen habe?

Die Eheordnung ſchreibt zwar für alle Eheſachen die polizeiliche Form des Verfahrens vor, allein ſie unterſcheidet dennoch im §. 59 rein polizeiliche Fragen, und ſolche, bei denen eigentlich eine gerichtliche Materie im Vorwurf iſt, die aber dennoch „nicht bloß nach den einzelnen Rechtsbeziehungen der Betheiligten, ſondern auch nach den Rückſichten auf die allgemeine Staatswohlfahrt und die ſittlichen Rechte und Pflichten der Ehegatten unter ſich und gegen die Kinder“ beurtheilt werden ſollen, die alſo nicht rein gerichtlich ſind, wobei vielmehr „ein polizeilicher Geſichtspunkt mitgenommen“ werden ſoll. Zu dieſen gemiſchten oder gerichtlich-polizeilichen Sachen werden nach §§. 62. 64 die Trennungsgeſuche und alle Eheſtrittigkeiten gerechnet, und es werden hierfür die Untergerichte als unterſuchende Beamte, die Obergerichte aber als entſcheidende Richter berufen; die Competenz der Letztern zur Entſcheidung in erſter Inſtanz iſt jedoch durch §. 11 des zweiten Einf.-Edicts wieder auf die Fälle beſchränkt, in welchen auf Scheidung oder Nichtigerklärung einer Ehe zu erkennen iſt.

Ganz übereinſtimmend hiermit ſind: die landesherrliche Verordnung vom 20. März 1807 (Reg.-Blatt Nr. XI.) in Art. IV. Nr. 11, die Bekanntmachung des Juſtizdepartements vom 15. Juli 1807 (Reg.-Blatt Nr. XXVI.) und die Rechtsbelehrung vom 19. September 1807 (Reg.-Blatt Nr. XXXIII.).

Als durchgreifende Regel für die Competenz ergibt ſich aus allen dieſen Beſtimmungen: daß alle auf die Schließung der Ehe bezüglichen Fragen von den Polizeibehörden, alle während des Beſtehens einer Ehe vorkommenden Streitigkeiten der Ehegatten aber von den Gerichten als Ehepolizeibehörden zu entſcheiden ſind. *)

Die ſtreitenden Theile befinden ſich noch in ehelicher Verbindung. Ihre gegenwärtige, gegen Sitte und Geſetz anſtoßende Trennung muß zwar, nach Erſchöpfung aller geſetzlichen Zwangsmittel, als faktiſcher Zuſtand geduldet werden, kann aber auf ihre Rechtsverhältniſſe keinen Einfluß äußern. Der unter ihnen entſtandene Streit wurde daher von dem Untergerichte in Gemäßheit des §. 28 der Eheordnung mit Recht in gerichtspolizeilichem Wege erledigt, und zur Entſcheidung über den hiergegen ergriffenen Recurs iſt das Großherzogliche Hofgericht, in ſeiner Eigenſchaft als obere Ehepolizeibehörde, vermöge §§. 28, 62, 64 der Eheordnung, berufen.“

Nachdem der Gerichtshof hierauf der Anſicht des Referenten über die Formalien beigetreten war, wurde zunächſt eine Ergänzung der über die Familienverhältniſſe der getrennten Ehegatten erhobenen Kundſchaften ange-

---

*) Vergl. Kern in den Annalen VII, 121 fgd. Derſelbe und Bekk ebenda IX. 284. 290.

Digitized by Google

ordnet, und nach Rückkunft der Acten weiterer Vortrag erſtattet, in welchem die materielle Frage in folgender Weiſe erörtert wurde:

„Daß dem Vater das Recht zuſtehe, ſein Kind überall, wo es ſich auch befinde, zu reklamiren, und deſſen Rückkehr in das väterliche Haus zu verlangen, kann nach dem beſtimmten Ausſpruche der L.R.S. 372, 373, 374 wohl nicht bezweifelt werden. Der Urtext des S. 373 ſpricht ſich zwar noch beſtimmter aus, indem er ſagt: „le père *seul* exerce cette autorité pendant le mariage"; allein das Landrecht, welches durch einen Redaktions- oder Druckfehler das Wort seul mit alle überſetzt, ſagt doch dem Weſen nach das Nämliche. Denn wenn der Vater alle elterliche Gewalt ausübt, ſo ergibt ſich daraus von ſelbſt, daß die Mutter von jeder Theilnahme an dieſer Gewalt ausgeſchloſſen iſt.

Von Seite der Beklagten iſt auch gegen die geſetzliche Begründung des klägeriſchen Anſpruchs nichts eingewendet, denn was unter dieſer Beziehung vorgebracht wird, iſt in der That nicht gegen die Begründung der Klage gerichtet, ſondern nur ein Verſuch, die Zuläſſigkeit und Begründetheit einer Ausnahme von dem Rechte des Vaters, alſo eine Einrede, darzulegen.

Es fragt ſich daher, ob eine Ausnahme von der Beſtimmung des L.R.S. 373 zuläſſig, und ob in vorliegendem Falle Grund zu ſolcher vorhanden ſei.

Mit ausdrücklichen Worten geſtattet das Geſetz nirgends, während des Beſtehens der Ehe die Ausübung der elterlichen Gewalt ganz oder theilweiſe dem Vater zu entziehen, ausgenommen, wenn derſelbe bürgerlich todt (S. 28) oder entmündigt (S. 509) iſt, oder wenn er ſein Recht in Folge des Art. 335 C. pén. *) deßhalb verwirkt, weil er ſein Kind zur Unſittlichkeit verleitet hat. Die franzöſiſchen Rechtslehrer halten ſich daher ſtreng an die Regel, und laſſen nur noch dann, wenn der Vater entwichen iſt, eine, ſich wohl von ſelbſt verſtehende, Ausnahme zu. **) *Pailliet* manuel (10. édit.) führt ſogar zu Art. 373 in der Note b ein Urtheil des Appellationshofes zu Brüſſel vom 27. Juni 1832 an, wodurch ausgeſprochen ſei: die Richter könnten nicht verordnen, daß Kinder, welche von ihrer Mutter heimlich aus der Gewalt des Vaters entfernt worden, in ein anderes, als das väterliche, Haus zu verbringen ſeien. Doch erwähnt er zu Art. 374 auch ein Urtheil des Gerichtshofs zu Caen vom 31. Dezember 1811, wonach die Gerichte aus wichtigen Gründen einem Kinde ſollten erlauben dürfen, das väterliche Haus zu verlaſſen.

Ich glaube nun gleichfalls, daß in analoger Anwendung der Sätze 267 und 302 dem Richter geſtattet ſei, die Pflege und Erziehung eines Kindes der Mutter zu überlaſſen, wenn das Wohl deſſelben dieß erheiſcht. Völlig zutreffend iſt die Analogie des S. 267, welcher die einſtweilige Obſorge über die Kinder während des Eheſcheidungsverfahrens betrifft, alſo während eines Zuſtandes, welcher, wie der einer faktiſchen Trennung, als ein vorübergehender anzuſehen iſt. In S. 302 wird beſtimmt, nach ausgeſprochener Scheidung ſollten die Kinder dem ſiegenden (alſo unſchuldigen) Theile anvertraut werden, wenn nicht das Gericht auf Anſuchen der Familie oder des Kronanwalts zum Beſten der Kinder verordne, daß alle oder einige von ihnen der Obſorge des andern Ehegatten oder einer dritten Perſon übergeben werden ſollen. Wenn hiernach bei förmlich ausgeſprochener Ehetrennung geſtattet iſt, die Kinder ſogar dem ſchuldigen Ehegatten anzuvertrauen, wenn deren Wohl es erfordert, ſo muß unter eben dieſer Vorausſetzung eine Ausnahme von dem Erziehungsrechte des Vaters um ſo mehr bei einer bloß factiſchen Trennung geſtattet ſein, weil es hier wenigſtens zweifelhaft iſt, wer an dem Zerwürfniſſe ſchuld trage. Bringt man mit dieſen landrechtlichen Beſtimmungen noch die §§. 28, 59 der Eheordnung in Verbindung, wonach Alles, was die Erziehung der Kinder betrifft, durch zweckmäßige Anordnungen der Polizeibehörden beſtimmt werden ſoll, und zwar nicht bloß nach den Rechtsbeziehungen der Betheiligten, ſondern zugleich nach polizeilichen Rückſichten, ſo wird man zu der Ueberzeugung geleitet, daß auch in dem, vom Geſetze nicht ausdrücklich erwähnten Falle einer

---

*) Eine entſprechende Beſtimmung enthält der §. 375 des neuen Strafgeſetzbuchs.

**) *Duranton*, Cours. Tom. II. §. 351.
Boileux, ad art. 373.
Chardon, traité des trois puissances, 2. part, Nr. 25 bemerkt jedoch: S'il y avait séparation de corps entre les deux époux, et que l'enfant n'eût quitté son père, que pour se réfugier auprès de sa mère, le père ne pourrait prendre la voie de contrainte contre cet enfant, qu'après avoir fait juger contre la femme son droit de revendication.

Digitized by Google

factiſchen Trennung der Ehegatten dem Gerichte dieſelbe discretionäre Gewalt zukomme, wie in den Fällen der Sätze 267 und 302. Immerhin muß aber das durch S. 373 ſanctionirte Recht des Vaters hierbei, wie im Falle des S. 267 die Regel bilden, von welcher nur dann eine Ausnahme geſtattet iſt, wenn ſie im Intereſſe des Kindes dringend geboten erſcheint."

Es wurde hierauf aus den Ergebniſſen der gepflogenen Unterſuchung nachgewieſen, daß in vorliegendem Falle das Wohl des Kindes eine Ausnahme von dem Erziehungsrechte des Vaters nicht fordere, und darauf der Antrag geſtützt:

unter Aufhebung der unterrichterlichen Verfügung die beklagte Ehefrau anzuweiſen, das fragliche Kind binnen acht Tagen bei Zwangsvermeidung dem Kläger zu überlaſſen.

Der Gerichtshof erließ unterm 2. Sept. 1845 die beantragte Verfügung. Hiergegen recurrirte die Beklagte an das Großherzogl. Oberhofgericht, welches jedoch durch Urtheil vom 5. Januar 1846 das hofgerichtliche Erkenntniß beſtätigte.

Aus den Entſcheidungsgründen theilen wir Folgendes mit:

„Die Förmlichkeiten betreffend.

Die Richter der beiden vordern Inſtanzen haben die Frage über die gerichtliche Competenz in dieſer Streitſache ausführlich erörtert, und ſich dafür, ſowie hinſichtlich der Form des Verfahrens dahin entſchieden, daß ſolche eine gerichtspolizeiliche ſei.

Dieſe Entſcheidung iſt auch richtig, es iſt nämlich unzweifelhaft, daß alle Eheſtreitigkeiten vor die Gerichte gehören.

Organiſationsedict von 1809, Beil. C. §. 17, lit. b. Beil. K., Nr. 6, §. 14.

Zweites Einführungsedict des Landrechts, §. 11.

Daß auch die Frage, wem von den ſtreitenden Eheleuten die Erziehung der Kinder zu überlaſſen ſei, zur Entſcheidung der Gerichte gehöre, ergibt ſich aus den §§. 267, 302 des Landrechts, ſowie aus dem §. 69 der Eheordnung.

Auch das neue Geſetz über die Gerichtsverfaſſung ſtimmt damit überein, und verweiſt beſonders die fürſorglichen Maßregeln in Eheſcheidungsſachen an die Amtsgerichte mit Appellation an die Obergerichte, unter Beobachtung des Verfahrens für eilende Fälle.

Da der vorliegende Streitpunkt nicht gelegenheitlich eines zwiſchen den Junkerſchen Eheleuten beſtehenden Eheſcheidungsproceſſes zur richterlichen Entſcheidung kommt, folglich auch keinen Nebenpunkt eines Hauptproceſſes, ſondern den Gegenſtand einer ſelbſtſtändigen Klage bildet, ſo war darüber von dem Amte in erſter Inſtanz die Entſcheidung zu geben, gegen welche der Recurs eben ſo unzweifelhaft ſtatthaft war, als der Recurs von der hofgerichtlichen Entſcheidung an das Großherzogliche Oberhofgericht ſtatthaft iſt" u. ſ. w.

„Was die Sache ſelbſt betrifft, ſo iſt die angeſtellte Klage durch den L.R.S. 373 unleugbar begründet. Die Ehe der Junkerſchen Eheleute beſteht noch wirklich, da die Ehefrau mit ihrer Eheſcheidungsklage abgewieſen iſt und ihre hartnäckige Weigerung, zu ihrem Manne zurückzukehren, an dem Beſtande der Ehe nichts ändert.

Der Kläger hat demnach das unbeſtreitbare Recht, daß ſein in der Ehe mit der Beklagten erzeugtes Kind ihm zur Erziehung überlaſſen werde, und die Beklagte hat es ihrer hartnäckigen Weigerung, zu ihrem Manne zurückzukehren, zuzuſchreiben, wenn ihr die nach L.R.S. 301 gebührende Mitaufſicht über die Erziehung ihres Kindes erſchwert wird.

Dieſes, dem Manne zuſtehende, Recht kann ihm durch den Richter nur dann entzogen werden, wenn er ſich in der Lage befindet, die damit verbundenen Pflichten theilweiſe oder gar nicht erfüllen zu können, oder wenn dem Kinde durch die Belaſſung bei dem Vater in phyſiſcher oder moraliſcher Hinſicht weſentliche Nachtheile zugehen.

Von derartigen Gründen iſt aber hier keiner vorhanden." (Folgt eine Erörterung des Thatſächlichen, welche hier übergangen wird.)

K. Ammann.

II.

Competenzconflikt zwiſchen dem Hofgericht und der Regierung des Oberrheinkreiſes, entſchieden durch ein Erkenntniß des Großherzoglichen Staatsraths.

In der Gemeinde Bernau nahm eine ſolche Anzahl von Bürgern die ſogenannten Hauswaldungen als Eigenthum in Anſpruch, daß über die Frage, ob dieſes Eigenthum anzuerkennen oder vielmehr jenes der Ge-

Digitized by Google

meinde zu behaupten ſei, kein Gemeindebeſchluß von der erforderlichen Anzahl unbetheiligter Bürger gefaßt werden konnte. Die Regierung des Oberrheinkreiſes, welche dieſe Waldungen als Gemeindeeigenthum anſprechen zu müſſen glaubte, ſtellte daher in der Perſon des Advokaten Dr. v. Wänker für die Gemeinde Bernau in Gemäßheit der Verordnung vom 14. Juli 1834, Regierungsbl. Nr. 34. §§. 5, 9, 10 einen Anwalt auf, um die Rechte der Gemeinde als immerwährende Körperſchaft gegenüber der größten Anzahl ihrer jetzt lebenden Mitglieder zu vertreten. Der Rechtsſtreit begann und nachdem man ſich über die Wahl eines Schiedsgerichtes vereinigt hatte, erfolgte von demſelben das Erkenntniß dahin, daß das Eigenthum der Bürger auf die Hauswaldungen anerkannt und die Gemeinde als ſachfälliger Theil zur Zahlung der Koſten verurtheilt wurde.

Der für die Gemeinde aufgeſtellte Anwalt ließ ſeine Koſten nach beendigtem Rechtsſtreite durch das Bezirksamt St. Bl. dekretiren und durch Verfügung der Kreisregierung vom 22. April 1843 wurde die Gemeinde Bernau angewieſen, die dekretirten Koſten aus der Gemeindekaſſe zu bezahlen. Hiegegen beſchwerte ſich die Gemeinde bei Großherzogl. Miniſterium des Innern und verlangte die Aufhebung der Regierungsverfügung, weil nicht die Gemeinde, ſondern die Staatsbehörde den Anwalt aufgeſtellt habe, daher nicht jene, ſondern dieſe die Koſten zu zahlen verbunden ſei, deßhalb auch die Regierung, als hiebei betheiliget, nicht zuſtändig ſein könne, über die Zahlungsverbindlichkeit der Gemeinde zu erkennen. Das Großherzogl. Miniſterium ging jedoch auf dieſe Einwendungen nicht ein, ſondern verwarf durch Erkenntniß vom 9. September 1843 die erhobene Beſchwerde, da die Kreisregierung in vorliegendem Falle das Recht und die Verbindlichkeit hatte, einen Anwalt aufzuſtellen, um die Rechte der Gemeinde als Körperſchaft gegenüber der betheiligten Mehrheit der gegenwärtigen Bürger gerichtlich zu verfolgen und eben deßhalb auch derſelben Verwaltungsſtelle die aus dieſem Grundſatze mit Nothwendigkeit folgende Befugniß zuſtehen mußte, die dekretirten Koſten des Anwalts auf die Gemeindekaſſe zur Zahlung anzuweiſen.

Die Gemeinde, damit nicht zufrieden, wendete ſich an das Amt St. Bl. mit der Bitte: die Adminiſtrativbehörde zu erſuchen, daß ſie die Verfügungen zurücknehme, und der Anwalt mit ſeiner Koſtenforderung an den Civilrichter verwieſen werde. Das Amt erkannte aber am 21. December 1843: es habe bei der auf die Gemeindekaſſe Bernau verfügten Dekretur der Deſerviten des Anwalts lediglich zu verbleiben und die Gemeinde ſei ſchuldig, die Koſten mit 280 fl. bei Exekutionsvermeidung binnen 14 Tagen an den Anwalt zu bezahlen

Hiegegen ergriff die Gemeinde Bernau das Rechtsmittel der Appellation an das Hofgericht des Oberrheinkreiſes, von welchem Ladung erkannt, nämlich mit Beſchluß vom 2. Juli 1844, die Sache zur mündlichen Verhandlung ausgeſetzt wurde. Advokat v. Wänker, gegen welchen die Appellation gerichtet war, wendete ſich an die Regierung des Oberrheinkreiſes und bat unter Verwahrung gegen alle Koſten um Einſchreitung dieſer Stelle gegen das richterliche Verfahren und um Ertheilung von Verhaltungsmaßregeln. Die Kreisregierung erſtattete alsdann an das Großherzogl. Miniſterium des Innern Bericht, in welchem ſie den Sachverhalt darſtellte und noch Folgendes vortrug:

„Nach der in dem oben erwähnten Miniſterialerlaß vom 9. September 1843 ausgeſprochenen Anſicht könne die Frage: ob die dekretirten Koſten von der Gemeindekaſſe zu tragen oder von der betreffenden Adminiſtrativbehörde, welche die Vertretung der Gemeinde von Amtswegen angeordnet habe, zu zahlen ſeien, in keinem Falle zum Austrag vor den Civilrichter ſich eignen. Dieſe Frage ſei nicht Gegenſtand des Privatrechts, ſondern des öffentlichen Rechts, denn die Grundlage ihrer Entſcheidung ſei keine civilrechtliche Geſetzesbeſtimmung, ſondern die Gemeindeordnung und die dem öffentlichen Rechte angehörige Verordnung vom 14. Juli 1834 Regierungsbl. Nr. 34.“

Die Kreiregierung hielt deßhalb dieſe Sache zur Erhebung eines Competenzconflictes für geeignet und bat Großherzogl. Miniſterium, um deßfallſige weitere Verfügung. Von demſelben wurde auch durch Erlaß vom 6. September 1844 die Kreisregierung angewieſen, nach den ſo eben angegebenen Grundſätzen die Zuſtändigkeit der Gerichte zu beſtreiten und wenn das Hofgericht dennoch auf ſeiner Zuſtändigkeit beſtehen ſollte, weitern Bericht zu erſtatten.

Die Kreisregierung beſtritt nun die Zuſtändigkeit des Richteramtes, allein das Hofgericht vertheidigte das Ge-

Digitized by Google

gentheil und begründete ſeine Anſicht in einem Schreiben an die Regierung vom 5. November 1844 in folgender Weiſe:

„Das Hofgericht ſei mit der Kreisregierung darin einverſtanden, daß die Frage: ob für die Gemeinde ein Anwalt von der Staatsbehörde aufzuſtellen war? dem öffentlichen Rechte angehöre und nur von der Verwaltungsbehörde zu entſcheiden ſei. Eben ſo ſei die Dekretur einer Ausgabe auf die Gemeindekaſſe nicht Gegenſtand einer richterlichen Entſcheidung. Allein weder das Eine noch das Andere ſei Sache des Streites, ſondern vielmehr die Frage: ob aus der Aufſtellung des Anwaltes zur Vertretung der Gemeinde gegen letztere die Verbindlichkeit zur Zahlung der gerichtlich im Betrage von 290 fl. feſtgeſetzten Anwaltskoſten entſtanden ſei? Dieſe Frage ſei nach den Grundſätzen des Auftrags zu entſcheiden und gehöre deßhalb vor den Richter, womit auch §. 123 der Gemeindeordnung übereinzuſtimmen ſcheine.“

Die Kreisregierung berichtete nun an das Großherzogl. Miniſterium des Innern, von welchem an Sr. Königl. Hoheit den Großherzog (zum Großherzogl. Staatsminiſterium) Vortrag erſtattet und in Bezug auf die Begründung der hofgerichtlichen Competenz Folgendes geſagt wurde:

„Die Anſicht des Hofgerichts ſei ſchon an ſich nicht begründet und überdieß in ihren Folgen ſich widerſprechend. Wenn nämlich der Staatsregierung das Recht zuſtehe, für die Gemeinde einen Anwalt aufzuſtellen, um die Körperſchaft ſelbſt zu vertreten, ſo müſſe der Staatsregierung auch die fernere Befugniß zukommen, die Anwaltskoſten auf die Gemeindekaſſe zu dekretiren. Ohne dieſe Befugniß wäre das Recht der Aufſtellung des Anwalts nur ein ſcheinbares und in ſeiner Wirkung wieder aufgehoben, da mit der Ueberweiſung der Frage, ob die Gemeinde die Anwaltskoſten wirklich zu zahlen habe, an den Richter zugleich die Möglichkeit gegeben ſei, daß der Richter die Nichtpflichtigkeit ausſpreche. Der richterliche Ausſpruch aber, daß die Gemeinde nicht pflichtig ſei, enthalte zugleich die Beurtheilung der Frage in ſich, ob mit Recht der Anwalt von der Staatsbehörde für die Gemeinde aufgeſtellt worden ſei, ſo wie dieſer Ausſpruch die Verbindlichkeit für die Regierung enthielte, die Koſten in einer Sache zu tragen, in welcher ſie im Verwaltungswege und zuſtändiger Weiſe gehandelt habe. Die Bemerkung des Hofgerichts, daß, weil es ſich um einen Auftrag handle, die richterliche Competenz als begründet erſcheine, ſei zu unbeſtimmt und zu allgemein, da es auch Aufträge im öffentlichen Rechte gebe und daher ſtets die beſondere Natur des Auftrages berückſichtiget werden müſſe. Auch die Staatsbehörde handle im Auftrage und zwar im Auftrage der Gemeinde als immerwährenden Körperſchaft gegenüber ihrer jetzigen Mitglieder und die Aufgabe der Regierung beſtehe weſentlich darin, das Gemeindevermögen in jener Beziehung zu ſchützen, um es nicht zum Opfer der lebenden Bürgerſchaft bringen zu laſſen. Wenn das Hofgericht ſich noch auf die Beſtimmung des §. 123 der Gemeindeordnung berufe, ſo habe daſſelbe mit Recht dieſe Unterſtützung ſelbſt zweifelhaft ausgedrückt, da dieſe Geſetzesſtelle offenbar nicht paſſe und davon ſpreche, was die Verwaltungsſtellen zu thun haben, wenn eine bei den Gerichten nicht anhängige unſtreitige Forderung an eine Gemeinde bei ihnen betrieben werde.“

Auf dieſen Vortrag geſtützt ſtellte das Großherzogl. Miniſterium den Antrag:

unter Aufhebung der richterlich verfügten Ladung die Nichtzuſtändigkeit des Hofgerichts zu Freiburg in dieſer Sache auszuſprechen und zu erkennen, daß es bei dem Verfahren im Verwaltungswege ſein Bewenden zu behalten habe.

Dieſer Vortrag des Großherzogl. Miniſteriums wurde dem Hofgericht zur berichtlichen Aeußerung mitgetheilt und daſſelbe hat ſeine oben erwähnte Anſicht weiter entwickelt und die Erklärung des Großherzogl. Miniſteriums des Innern zu widerlegen geſucht. Es erging aber von dem Großherzogl. Staatsrathe ein Erkenntniß, welches wörtlich folgend lautet:

Erkenntniß.

In der Streitſache des Hofgerichtsadvokaten v. Wänker in Freiburg gegen die Gemeinde Bernau wegen Deſervitenforderung, hinſichtlich welcher zwiſchen der Regierung und dem Hofgerichte des Oberrheinkreiſes der nun in Frage ſtehende Competenzſtreit entſtanden iſt, handelt es ſich nicht um die Verhandlung und Entſcheidung über eine vom Advokaten v. Wänker gegen die Gemeinde Bernau erhobene Klage, ſondern um den Voll-

Digitized by Google

zug einer von der Rgierung des Oberrheinkreiſes wegen Anweiſung der Gemeinde zur Zahlung der von Wänker'ſchen Deſerviten nach §. 131 der Gemeindeordnung erlaſſenen Verfügung.

Zu einer ſolchen Verfügung iſt die Staatsbehörde nach §. 131 der Gemeindeordnung befugt, da die Verordnung vom 14. Juli 1834 ſie zur Aufſtellung eines Anwalts für die Gemeinde, folglich auch dazu ermächtiget, der Gemeinde den damit verbundenen Aufwand zur Laſt zu legen.

Hiernach hat die Kreisregierung hier als Oberaufſichtsbehörde innerhalb ihrer Competenz gehandelt, weßhalb gegen ihre Verfügung, ohne daß man auf die weiter von den Adminiſtrativbehörden vorgebrachten Gründe einzugehen nöthig hat, ein gerichtliches Einſchreiten als nicht ſtattfindend erſcheint.

In dieſer Erwägung wird zu Recht erkannt:

über die Frage: ob die Gemeinde Bernau die richterlich dekretirten Deſerviten des für ſie in ihrer Rechtsſache gegen die Hauswaldbeſitzer von der Staatsbehörde aufgeſtellten Anwalts, Advokaten v. Wänker zu Freiburg, zu bezahlen habe? — finde kein richterliches Verfahren ſtatt; das hofgerichtliche Dekret vom 2. Juli 1844, wodurch auf die Appellationsbeſchwerde der Gemeinde Bernau gegen die amtliche Zahlungsverfügung vom 14. December 1843 Ladung erkannt wurde, ſei daher als unzuſtändig erlaſſen aufzuheben.

Beſchloſſen im Großherzogl. Staatsrathe Karlsruhe den 4. Juli 1845.

Dieſes Erkenntniß, gegen deſſen Richtigkeit ſich gewiß nichts einwenden läßt, dürfte um ſo intereſſanter ſein, als daſſelbe wahrſcheinlich das erſte oder doch eines der erſten Erkenntniſſe ſein wird, welche von dem durch die landesherrliche Verordnung vom 23. Dezember 1844, Regierungsblatt Nr. 35 neu kreirten Staatsrathe erlaſſen wurden. Haager.

III.

Rechtsmittel in den Fällen der L.R.S. 267. 268.

I. Die Maßregeln, welche der Ehepolizeirichter zu Folge der L.R.S. 267. 268 hinſichtlich der Fragen, welchem Ehegatten während eines Scheidungsproceſſes die Kinder anzuvertrauen ſeien, und wo die Frau inzwiſchen ſich aufzuhalten habe, — zu treffen hat, ſind durch das Geſetz lediglich ſeinem billigen Ermeſſen anheim geſtellt. —

Das Landrecht enthält keine Vorſchrift darüber, daß von einem der Ehegatten im Wege des Recurſes noch das Ermeſſen eines obern Gerichtes angerufen werden könne.

Die Natur der Sache bringt es auch mit ſich, daß da, wo das Geſetz auf ein Ermeſſen verweiſt, alsdann, wenn die betreffende Behörde ihr Ermeſſen hat eintreten laſſen, dem Geſetze genügt und kein Grund zu einem Recurſe denkbar iſt

Aus der ältern Geſetzgebung, insbeſondere der Eheordnung läßt ſich eben ſo wenig ein Motiv für Zuläſſigkeit eines ſolchen Rechtsmittels ableiten, indem der von der Kindererziehung bei zeitlicher oder ſtändiger Trennung handelnde §. 53 nur beſagt, daß die Trennungsbehörde hierwegen Anordnung zu treffen, oder, wenn ſie Anſtände hätte, wegen näherer Beſcheidsertheilung über Solche, die Sache zur Oberpolizeibehörde bringen müſſe. Der §. 70, „Recurs in Eheſachen" überſchrieben, ſpricht nur aus, daß gegen die Vermögensbeſcheide die ordentlichen Rechtsmittel ſtattfänden, wider die Zulaſſung oder Verſagung der Trennung (alſo das Haupterkenntniß im Eheſcheidungsproceſſe) aber bei der oberſten Staatsbehörde Beſchwerde angebracht werden könne.

Die während des Scheidungsproceſſes getroffenen Proviſorien über obige Punkte ſind auch in der That, in Vergleichung mit der Hauptfrage, ob eine Ehe fortzubeſtehen habe oder aufzulöſen ſei, von ſo untergeordnetem Intereſſe, daß es ganz unzweckmäßig wäre, die Erledigung des Scheidungsverfahrens durch Geſtattung von Rechtsmitteln gegen die proviſoriſchen Verfügungen aufhalten zu laſſen. —

II. Das Großherzogliche Oberhofgericht hat übrigens in mehreren Fällen einen einmaligen Recurs (von der Entſcheidung des Amtes an das Hofgericht) für ſtatthaft, dagegen ein weiteres Rechtsmittel gegen die Recursverbeſcheidung durch das Hofgericht als unzuläſſig verworfen. Eine ſolche Entſcheidung vom 24. Februar 1844 — in Sachen M gegen M — wurde namentlich dahin motivirt.

In Erwägung, daß weder die Eheordnung (§§. 53. 70) noch das Landrecht darüber ſich ausſprechen, ob und welche Rechtsmittel gegen eine vom Ehepolizeirichter während der Dauer des Eheſcheidungsproceſſes zu Folge der L.R.S. 267. 268 getroffene proviſoriſche Verfügung zuläſſig ſeien, daß aber nach Analogie der Vorſchriften über Polizeiſachen überhaupt und der, der Ehepolizei anheimfallenden Erkenntniſſe über Scheidungen insbeſondere, ein einmaliger Recurs geſtattet werden kann;

In Erwägung, daß dagegen ein weiterer Rechtszug, da dieſer über die Hauptfrage des Eheſcheidungsproceſſes nicht zuläſſig iſt, hier um ſo weniger als ſtatthaft erſcheint, als die während der Dauer des Hauptproceſſes getroffenen Proviſorien in Vergleichung mit der Hauptfrage ſelbſt von ſo untergeordnetem Intereſſe ſind, daß durch Geſtattung weiterer Rechtsmittel gegen die proviſoriſchen Verfügungen die Erledigung des Scheidungsverfahrens, das argumento des L.R.S. 262 ohnehin als eine eilende Sache zu behandeln iſt, nicht aufgehalten werden darf; — mußte der Recurs gegen das hofgerichtliche Erkenntniß vom 27. October v. Jahres als unzuläſſig erklärt werden.

Kirn.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. № 12. Karlsruhe den 21. März 1846.

I.

Diebſtahl der Nachtwächter und der zur Nachtwache berufenen Bürger.

Strafedikt §. 87.
Neues Strafgeſetz §. 385 Ziffer 10.

Der §. 87 verglichen mit §. 89 des Strafedikts beſtimmt, daß die Diebſtähle „der Wächter, Nachthüter und Feldſchützen ingleichen der Boten und dergleichen in Bezug auf das ihnen zur Obſorge Uebergebene" um die Hälfte höher zu beſtrafen ſeien, als andere Diebſtähle unter gleichen Umſtänden.

Es fragt ſich: ob dieſe Beſtimmung auch auf angeſtellte Nachtwächter (Stundenbläſer, ſo ferne ſie zugleich die Ortsbewachung mit zu verſehen haben) ſowie auf Ortsbürger, welche nach den beſtehenden Verordnungen (vergl. Regierungbl. 1808 Nr. 2, Anzeigeblatt 1827, Karlsruher Nr. 71, Konſtanzer Nr. 70) vorübergehend zur Nachtwache berufen ſind*), ihre Anwendung findet?

Die Betrachtung der Faſſung des §. 87 unſeres Strafedikts iſt geeignet Zweifel über die Anwendbarkeit des Geſetzes auf jene Perſonen zu erwecken, wie denn auch wirklich ſolche Zweifel bei dem Hofgericht des Unterrheinkreiſes zur Sprache gekommen ſind.

Das zur Obſorge Uebergebene, ſagt das Geſetz. Faßt man den Ausdruck Uebergeben in dem zunächſt liegenden eigentlichen und engeren Sinne auf, ſo bezeichnet er hier, wo es ſich um eine Entwendung mithin nothwendig um bewegliche Sachen handelt, die wirkliche Einhändigung oder doch nach der Beſtimmung des ſchon etwas weiter gehenden bürgerlichen Rechts (L.R.S. 1606) die hierfür eintretende Kundgebung der Ueberlieferung, wohin namentlich die Ueberlieferung der Schlüſſel zum Aufbewahrungsort der Sachen, die ſogenannte Traditio symbolica, gehört. Wenn nun Einer der genannten Wächter bei Verrichtung ſeines nächtlichen Wachtdienſtes eine Sache in der Ortſchaft, deren Bewachung er zu beſorgen hat, entwendet, ſo ſtiehlt derſelbe offenbar keineswegs etwas ihm im obigen Sinne Uebergebenes, es ſei denn etwa, daß ihm gewiſſe Sachen, z. B. durch Ueberlieferung der Schlüſſel ihres Aufbewahrungsortes, beſonders überliefert worden wären, und er hievon etwas entwendete. Niemand wird behaupten wollen, daß dem Wächter die ganze Habe des Ortes und ſeiner Bewohner eingehändigt oder überliefert worden ſei! Ein

---

*) Es ließe ſich vielleicht Zweifel darüber erheben, ob die Einwohner einer Gemeinde, welche nach dem Turnus die Nachtwache verſehen und dadurch eine Bürgerpflicht erfüllen, mit den Wächtern und Nachthütern, wovon der §. 87 handelt, in gleiche Kathegorie zu ſtellen ſeien?

Zwiſchen beiden Gattungen von Wächtern beſteht nämlich ein gewiſſer Unterſchied, welcher auf die Beantwortung der vorliegenden Frage nicht ohne Einfluß ſein dürſte. Die beſonders aufgeſtellten, mit anderen Worten, die beſoldeten und auf ihren Dienſt verpflichteten Wächter ſind unſtreitig ſtrenger zu beurtheilen, als jene Perſonen, welche nicht in demſelben Verhältniſſe ſtehen, ſondern die Wachen nur aushilfsweiſe ohne Entgeld leiſten.

Die angeſtellten Wächter verletzen durch Begehung von Diebſtählen zugleich eine Dienſtpflicht, wofür der im §. 89 gedrohte Strafzuſatz berechnet iſt. Da nun der Grund dieſer Beſtimmung auf Diebſtähle der bloßen Hilfswächter nicht vollkommen paßt, ſo werden letztere zwar allenfalls (nach §. 96) von einer willkürlichen Schärfung, aber nicht von jenem Strafzuſatz getroffen werden können. D. R.

Digitized by Google

derartiger Dieb würde dah r bei ſolcher Auffaſſung nicht unter die Beſtimmung des angeführten §. 87 fallen. Da es ſich um eine Abweichung von der Regel, um eine ſtrengere Strafbeſtimmung zum Nachtheile gewiſſer Klaſſen von Perſonen handelt, möchte mancher Richter ſich zu der fraglichen Auffaſſung geneigt finden. Allein die nähere Betrachtung des Geſetzes zeigt, daß der Ausdruck Uebergeben in einem weiteren Sinn aufgefaßt werden muß. Man darf nämlich nicht vergeſſen, daß unſer §. 87 ſich auf Diebſtahl bezieht, der Begriff dieſes Vergehens aber die Ergreifung der Innehabung, beziehungsweiſe die Wegnahme der Sache, ohne die Bewilligung des Eigenthümers oder ſeines Stellvertreters vorausſetzt, indem das ſich Zueignen einer dem Thäter vom Eigenthümer oder ſeinem Stellvertreter zur Inhabung übergebenen Sache das Vergehen der Unterſchlagung anvertrauter Habe begründet, welches das badiſche Recht, ſo wie das gemeine deutſche Recht (vergl. Strafedikt §. 82, P.G.O. Art. 170) abweichend vom römiſchen Recht als ein beſonderes Vergehen vom Diebſtahl unterſcheidet. Freilich iſt in jenem §. 87 auch von Boten die Rede, und es wird bei dieſen eine ſolche Entwendung des ihrer Obſorge Uebergebenen nicht leicht anders vorkommen, denn als eine Unterſchlagung anvertrauter Habe, weil ihr Geſchäft den Empfang der Sache zum Behufe der Weiterbeförderung mit ſich bringt; jener §. 87 umfaßt daher inſofern — vom Grundbegriff abweichend, durch eine Art Inconſequenz — allerdings auch eine Gattung der Unterſchlagung; allein demungeachtet muß er immerhin ſo aufgefaßt werden, daß der Hauptfall, auf welchen er offenbar abzielt, nämlich der eigentliche Diebſtahl darunter paßt; dieß geſchieht aber, wenn man den Ausdruck das zur Obſorge Uebergebene als das zur Obſorge Anvertraute, oder (um dieſen Ausdruck, der gerade bei der Unterſchlagung anvertrauter Habe, alſo bei wirklicher Ueberlieferung, vom Geſetzgeber gebraucht wird, zu vermeiden) das zur Obſorge Zugewieſene, auffaßt. In dieſem Sinne iſt z. B. dem Feldſchützen das Feld ſeines Bezirks mit ſeinen Erzeugniſſen und Zugehörden, dem Waldhüter der Wald ſeines Bezirks mit ſeinen Erzeugniſſen und Zugehörden zur Obſorge übergeben oder zur Obhut zugewieſen, ebenſo iſt ferner dem Schloßwächter das Schloß, das er bewachen ſoll, ſammt allem was darinnen iſt, einem Hüter bei einer Bleichanſtalt die auf der Bleiche befindliche Wäſche, einem Markt- oder Meßbudenhüter der Markt oder die Meſſe mit ihren gefüllten Buden zur Bewachung anvertraut, und es iſt hier überall an ein eigentliches Uebergeben oder Ueberliefern des Ganzen oder der einzelnen Stücke nicht zu denken.

Da nun die Nachtwächter und die zur Nachtwache berufenen Bürger nach Maßgabe ihres ſtändigen oder vorübergehenden Dienſtes neben ihren ſonſtigen Verrichtungen zugleich für die Sicherheit des Eigenthums der Ortsbewohner und in ſofern namentlich für die Abhaltung und Entdeckung nächtlicher Diebe zu ſorgen haben, ſo fallen ſie, wenn ſie während ihres Dienſtes in ihrem Wachtbezirk ſtehlen, unter die ſtrengere Strafbeſtimmung des §. 87 des Strafediktes.

Die Vergleichung unſeres früheren Strafrechtes führt uns zu dem nämlichen Ergebniß.

Karl's V. peinliche Gerichtsordnung enthält keine beſonderen Vorſchriften über die fragliche Klaſſe von Diebſtählen, wohl aber das Baden-Durlachiſche Landrecht im Theil VII. Tit. 58 „Von der Wächter und Nachthüter, auch Feldſchützen Diebſtahl." Dort iſt verordnet:

„Da ſich's begebe, daß ein Wächter oder Nachthüter (der neben ſeiner anderen anbefohlenen Verrichtung, auch ſonderlich hierzu beſtellt, daß er vor den Dieben hüte, und auf derſelben freventliches Beginnen ein wachſames Auge habe) ſeine Pflicht in Vergeß ſtellen, und über zehen Gulden werth, ſtehlen würde, der ſoll alſobald zum erſtenmal, wenn er ergriffen wird, mit dem Strang zu richten, oder ſonſt nach geſtalten Umſtänden peinlich zu ſtrafen verurtheilt werden."

Wenn auch hier mit Rückſicht auf die ſehr ſtrenge Strafe ein Diebſtahl von gewiſſen höherem Belange vorausgeſetzt wird, ſo läßt ſich doch in dieſer landrechtlichen Stelle die Quelle erkennen, woraus das Strafedikt die fragliche beſondere Vorſchrift ſchöpfte, und es mag die darin enthaltene nähere Beſtimmung, welche die obige Auslegung beſtätigt, zur Erklärung unſers §. 87 des Strafedikts dienen.

Im Tit. 61 wird vom Diebſtahl der Boten geredet, und es zeigt ſich hierbei, daß wirklich die vom Boten begangene Unterſchlagung der anvertrauten Sachen, als Diebſtahl behandelt und beſtraft wurde.

Digitized by Google

Entſprechend dem Baden-Durlachiſchen Landrecht verordnet auch das Kurpfälziſche Landrecht im Theil V. Tit. 55 „Von der Wächter und Nachthüter Diebſtahl" Folgendes:

„Wann ein Wächter oder Nachthüter (die unter anderm auch vor den Dieben zu hüten und denſelben zu wehren beſtellt) ſich vergeſſen und ſo viel, als zehn Gülden werth, ſtehlen würde, der ſoll mit dem Strang gerichtet werden."

Ueber den Diebſtahl der Boten enthält der Titel 58 des Kurpfälziſchen Landrechtes ebenfalls beſondere Beſtimmungen, welche faſt wörtlich mit den im Baden-Durlachiſchen Recht gegebenen übereinſtimmen.

Zum nämlichen Ergebniß, zur Beſtätigung der oben aufgeſtellten Anſicht, führt auch die Betrachtung der hierher einſchlägigen Stellen des neuen Strafgeſetzes vom Jahr 1845.

In §. 385 dieſes Geſetzes wird unter den Erſchwerungsgründen bei dem Diebſtahl als Ziff. 10 der Fall hervorgehoben: „wenn der Diebſtahl von aufgeſtellten Feldhütern, Waldhütern an Sachen begangen worden, die zu den ihnen zur Hut oder Bewachung anvertrauten Gegenſtänden gehört haben." Durch den Ausdruck „zur Hut oder zur Bewachung anvertrauten Gegenſtänden" und durch die Wendung „an Sachen — die zu — — gehört haben" iſt das Verhältniß, auf welches die Vorſchrift des Geſetzes zu beziehen iſt, näher und beſtimmter bezeichnet, nur muß man das Anvertrauen zur Hut und zur Bewachung vom Anvertrauen in die Hand und zur Verwahrung hier wohl unterſcheiden. — Die Veruntreuung der Boten an den ihnen anvertrauten Gegenſtänden iſt in §. 385 entſprechend dem richtigen Begriff des Diebſtahls, weggelaſſen, dagegen iſt im §. 404 Ziff. 2 als Erſchwerungsgrund bei der Unterſchlagung der Umſtand erwähnt, wenn dieſelbe von öffentlichen Boten an den ihnen anvertrauten Sachen verübt worden iſt. Hierdurch iſt der durch die nachgewieſene frühere Vermengung von Diebſtahl und Unterſchlagung leicht herbeigeführten Begriffsverwirrung für die Zukunft vorgebeugt.

Wenn vermöge der bisherigen Ausführung der §. 87 des Strafedikts auch auf Nachtwächter und zur Nachtwache berufene Ortsbürger anwendbar erſcheint, ſo iſt dieß ein Ergebniß, welches ſich auch aus allgemeinen Gründen und durch die Beſchaffenheit der in Frage ſtehenden Verſchuldung wohl rechtfertigt. Entwendungen der fraglichen Art, enthalten ja eine beſondere Pflichtverletzung, wenngleich die Zuweiſung einzelner zu bewachender Sachen oder beſtimmter zu bewachender Vorräthe dabei nicht Statt fand, und ſolche Entwendungen ſind beſonders gefährdend für die Sicherheit des Eigenthums, weil ſie ſo leicht zu vollführen und ſo ſchwer zu verhindern und zu entdecken ſind.

Eduard Brauer.

II.

Der Zehntherr haftet als ſolcher für das Ablöſungscapital der Zehntlaſten, wenn dieſes das Zehntablöſungscapital überſteigt, nur bis zum Betrage des Letztern.

Bei der gegenwärtig ſtattfindenden Zehntablöſung kommt nicht ſelten der Fall vor, daß das Zehntlaſtenablöſungscapital das Capital für Ablöſung des Zehntens, worauf jene Laſten ruhen, überſteigt.

Es entſteht dann die Frage: befreit ſich der Zehntherr oder Laſtenpflichtige den Laſtenberechtigten gegenüber durch Hingabe des vollen Zehntablöſungscapitals, oder iſt er verpflichtet, das am Laſtenablöſungscapital Fehlende aus ſeinem übrigen Vermögen zu decken?

Dieſe Frage und ihre Entſcheidung ſind an ſich ſchon von hohem rechtswiſſenſchaftlichem und rechtlichem Intereſſe; ſie gewinnen aber an Bedeutung, wenn man ihre practiſche Seite in Betracht zieht, und erwägt, wie viele kirchlichen, beziehungsweiſe politiſchen Gemeinden unſeres Großherzogthums je nach der Entſcheidung entweder ein volles Laſtencapital erhalten, oder nicht. Dieſe Frage wurde deßhalb auch ſchon bei der Discuſſion des Zehntablöſungsgeſetzes im Jahr 1833 in der Kammer zur Sprache gebracht; anerkannte Juriſten haben ſich damals ſchon für ihre Bejahung, d. h. dafür ausgeſprochen, daß der Laſtenpflichtige nur bis zum Betrag des Zehntablöſungscapitals hafte; nicht weniger gewichtige Stimmen haben die Richtigkeit dieſer Anſicht in Zweifel gezogen; auf den Vorſchlag der Regierungscommiſſion wurde aber eine Entſcheidung hierüber in das Zehntablöſungsgeſetz nicht aufgenommen, um dieſe nicht von dem Geſetzgeber, dem ſie, wie richtig bemerkt wurde, nicht zuſteht, ausgehen zu laſſen, ſondern

Digitized by Google

dem Richter, in deſſen Kreis ſie allein gehört, anheimgegeben.

So entſtand der Vorbehalt in §. 7 des Zehntablöſungsgeſetzes vom 15. November 1833.

Die vorhin angeführte bejahende Entſcheidung, wie ſie auch in der Ueberſchrift des Gegenwärtigen enthalten iſt, dürfte die richtige ſein, wie in Nachſtehendem gezeigt werden ſoll.

Ein direct entſcheidendes Geſetz beſitzen wir hierüber nicht; wir müſſen daher aus allgemeinen Rechtsgrundſätzen, aus der Natur der Sache und aus der Rechtsähnlichkeit urtheilen, und zu dieſem Ende die Unterlage der Zehntlaſten, das Zehntrecht, auf welchem dieſelben ruhen, vorerſt etwas genauer unterſuchen.

Daß das Zehntrecht ein Realrecht, und die dieſem entſprechende Zehntpflicht eine Reallaſt iſt, darf als unbeſtritten vorausgeſetzt werden. Das Weſentliche einer Reallaſt iſt, daß ſie auf Grund und Boden, insbeſondere bei der Zehntpflicht, daß ſie auf einem Grundſtück haftet. Dieſes Grundſtück iſt der eigentliche Schuldner; dieſes Grundſtück muß von dem, was es an Früchten hervorbringt, einen beſtimmten Theil abgeben; da das Grundſtück aber ſelbſt dieſe Handlung der Abgabe nicht vornehmen kann, ſo bringt daſſelbe, — um mit unſerm Landrechte in Satz 710 aa. zu reden — „auf ſeinen Inhaber die Schuldigkeit, einen beſtimmten Theil der Früchte des Grundſtücks zurück zu laſſen." Dieſer Inhaber gibt gleichſam im Namen des belaſteten Grundſtückes, und nur als Mittelsperſon den Zehnten. Der Inhaber iſt für ſeine Perſon gar nicht zehntpflichtig; pflanzt er nichts auf dem pflichtigen Grunde, ſo iſt er keinen Zehnten zu geben ſchuldig; verläßt er denſelben, ſo fällt die Pflicht der Abgabe auf das Grundſtück zurück, und ruht ſo lange, bis daſſelbe wieder einen Inhaber erhält, welcher die Zehntpflicht ausübt. Man darf nur eine Perſonification des pflichtigen Grundſtückes, nnd eine Vertretung deſſelben durch den jeweiligen Inhaber annehmen, ſo hat man die richtige Baſis.

Die Pflichtigkeit des Grundſtücks ſelbſt, dieſe dingliche Verbindlichkeit, kann nicht etwa deßwegen in Zweifel gezogen werden, weil doch dem Zehntherrn wegen des rückſtändigen Zehntens gegen den, wenn auch vom pflichtigen Grunde abgetretenen, frühern Inhaber eine perſönliche Klage verbleibe, dieſe alſo eine perſönliche Verbindlichkeit vorausſetze; denn auch dieſe perſönliche Klage ſetzt doch ſtets das dingliche Recht des Zehntherrn, nämlich das Zehntrecht am Grunde ſelbſt, voraus, iſt nur eine Folge dieſes und gründet ſich außer dieſem dinglichen Anſpruch noch darauf, daß der frühere Inhaber die Früchte des pflichtigen Gutes gezogen, alſo durch eine perſönliche Handlung ſich perſönlich verpflichtet habe, den Zehnten zu geben, denſelben aber nicht zurückließ.

Dieſes ſind die rechtlichen Verhältniſſe, ſo lange das Zehntrecht beſteht, und nun fragt es ſich, wie ſich dieſelben durch und nach Ablöſung des Zehntens geſtalten.

Die Zehntablöſung iſt, als Rechtsgeſchäft betrachtet, ein Kauf: die contrahirenden Theile ſind der Zehntberechtigte als Verkäufer, und das pflichtige Grundſtück, vertreten durch ſeinen Eigenthümer, als Käufer; der Kaufgegenſtand iſt das Zehntrecht, welches der Berechtigte hingibt, und der Preis iſt das Ablöſungskapital. Der Umſtand, daß nach dem Zehntablöſungsgeſetze der Pflichtige den Berechtigten, und dieſer jenen zu dieſem Rechtsgeſchäfte zwingen kann, und daß, wenn eine gütliche Uebereinkunft nicht zu Stande kommt, der Preis durch richterlichen Spruch feſtgeſetzt wird, ändert an dem Weſen dieſes Rechtsgeſchäftes, als eines Kaufes, nichts, denn dieſer Zwang und dieſe Feſtſetzung des Preiſes iſt nicht rechtswidrig, ſondern geſetzlich, da beides auf einem Geſetze beruht.

Weil hiernach die Zehntablöſung ein Kauf iſt, ſo dürfte man verſucht ſein, anzunehmen, der ablöſende Pflichtige mache ſich dadurch perſönlich verbindlich, das Ablöſungskapital, alſo den Kaufpreis zu bezahlen, wie ein anderer Käufer. Allein dieſe Annahme wäre nicht richtig. Wenn auch wahr iſt, daß der Käufer einer Sache perſönlich für den Kaufſchilling haftet, ſo geſchieht dieß deßhalb, weil er dieſe Verpflichtung für ſich und in eigenem Namen, und ſomit auf ſein Geſammtvermögen übernimmt; dieß iſt aber beim ablöſenden Zehntpflichtigen nicht der Fall; dieſer handelt ja nicht für ſich und in eigenem Namen, ſondern für das pflichtige Grundſtück und in deſſen Namen; er will nicht ſich, ſondern dieſes Letztere von einer Pflicht befreien, indem er das Zehntrecht für dieſes zurückkauft, damit Letzteres durch Conſolidation erlöſche; er verpflichtet ſomit nicht ſein Geſammtvermögen, ſondern nur das pflichtige Grundſtück; vorerſt kommt auch die Ablöſung ihm nicht zugut, ſondern nur dem Grundſtücke; in dieſem vereinigen ſich die bisher getheilten Genußrechte; die Zehntpflicht geht, wie bemerkt, durch Conſo-

Digitized by Google

lidation unter; ſämmtliche Früchte verbleiben nun auf dem Gute, und es erwächſt jetzt für den Eigenthümer erſt der Vortheil, daß er die Erzeugniſſe nicht mehr zu theilen braucht; nicht *Jener*, ſondern das *Gut* iſt *zehntfrei* geworden.

Die Zehntablöſung, oder der Rückkauf des Zehntrechtes, wälzt alſo die Verbindlichkeit zur Bezahlung des Ablöſungskapitals nicht auf die Perſon des die Ablöſung ermittelnden Eigenthümers des Grundſtücks, ſondern auf dieſes ſelbſt; jener hat nur die Pflicht, das Ablöſungskapital Namens des damit belaſteten Grundſtücks zu zahlen; verläßt er daſſelbe, ſo geht das darauf noch haftende Ablöſungskapital auf den neuen Erwerber über, wie dieß auch in §. 15 Abſatz 7 des Zehntablöſungsgeſetzes ausdrücklich aufgenommen worden iſt. Dort heißt es nämlich:

„7) Bei Veränderung der Perſon des Eigenthümers eines Grundſtückes, von welchem das Ablöſungskapital noch nicht vollſtändig bezahlt iſt, geht die Schuld auf den neuen Erwerber über.“

Wäre der Eigenthümer perſönlich verpflichtet, ſo müßte dem Berechtigten auch die Befugniß gegeben ſein, abgeſehen von dem Uebergang des Grundſtückes an einen Dritten, das Ablöſungskapital vollſtändig von demjenigen früheren Eigenthümer, welcher die Ablöſung vermittelte, zu fordern, eine Befugniß, welche ſonſt jedem Verkäufer zuſteht.

Wäre der Eigenthümer *perſönlich* verpflichtet, ſo hätte dem Berechtigten auch die Befugniß eingeräumt werden müſſen, auch auf das Geſammtvermögen jenes Eigenthümers wegen der Rückſtände zu greifen; allein dieſe Befugniß wurde demſelben, und zwar mit Recht, in §. 16 des Ablöſungsgeſetzes nicht zugeſtauden, indem es dort heißt:

„Bleiben aber die Vorträger einer nach den §§. 21 und 22 zuläſſigen Ablöſungsgeſammtheit mit Kapital- oder Zinszahlungen im Rückſtande, ſo kann der Zehntberechtigte, oder wer ſonſt auf das Ablöſungskapital Anſpruch hat, nur verlangen, daß für die verfallenen Kapital- und Zinsbeträge die Zehnterhebung wieder eintritt, bis der Rückſtand gedeckt iſt.“

Aus dieſer letzten Geſetzesſtelle geht deutlich hervor, daß nur das bisher pflichtige Grundſtück ſelbſt der Schuldner iſt, da der Berechtigte nur auf dieſes, beziehungsweiſe nur auf den zehnten Theil der Früchte deſſelben zu greifen berechtigt iſt.

Zwar wurde bei der Diskuſſion über den §. 16 des Zehntablöſungsgeſetzes behauptet, der Zehntpflichtige übernehme durch die Ablöſung als Käufer eine perſönliche Verbindlichkeit; allein hier war die Rede vom Verhältniß der einzelnen Zehntpflichtigen gegenüber ihrem Vorträger, und da wurde dann angenommen, daß im Intereſſe der Zehntablöſung, und damit nicht die Einen, welche ihre Betreffniſſe bezahlten, für die Säumigen nochmals einſtehen ſollen, der Vorträger die Rückſtände wie perſönliche Schulden durch Zugriff auf das ganze Vermögen einzutreiben berechtigt ſein ſoll. Dieſes Verhältniß darf jedoch nicht verwechſelt werden mit jenem zwiſchen dem Berechtigten und den Zehntpflichtigen, vertreten durch ihren Vorträger, oder zwiſchen Jenem und dem Beſitzer eines abgeſchloſſenen Hofgutes, welches Verhältniß hier allein maßgebend iſt.

Hiernach iſt dargethan, daß nicht der ablöſende Eigenthümer des pflichtigen Gutes *perſönlich* für das Ablöſungskapital haftet, ſondern, daß Letzteres *auf dem Gute ſelbſt* ruht.

Dieſe Feſtſtellung war nothwendig, um nachzuweiſen, in wieweit der Zehntberechtigte für Bezahlung des Ablöſungskapitals der auf dem Zehnten ruhenden privatrechtlichen Laſten verpflichtet iſt.

Dieſe Laſten, meiſtens Verpflichtungen zu Abgaben von Competenzen an Pfarrer und Schullehrer, und zu Bauten kirchlicher und Schulgebäude, haften auf dem Zehntrecht, wie dieſes auf dem Grundeigenthum, und ſind inſofern auch Reallaſten. *)

Das Zehntrecht ſelbſt, welches rechtlich, wie eine unbewegliche Sache, eine Liegenſchaft, betrachtet wird, iſt

*) Betrachtet man dieſe Reallaſten als *Dienſtbarkeiten*, welche auf dem einer natürlichen Liegenſchaft gleich zu achtenden Zehntrechte haften, ſo bietet ſich folgender Geſichtspunkt dar: Nach L.R.S. 703 erlöſchen Dienſtbarkeiten, wenn man wegen veränderten Stand der Dinge ſie weiter nicht ausüben kann. Durch die Ablöſung des Zehntens erlöſcht das Zehntrecht ſelbſt; an ſein Stelle tritt das Ablöſungskapital als Surrogat, auf welches jene Laſten übergehen. Wird nun dieſes Surrogat durch die darauf ruhenden Laſten abſorbirt, ſo iſt das dienende Gut untergegangen, und daher die Ausübung der Servituten nicht weiter möglich. Damit zerfällt folglich jeder die Kräfte der Ablöſungsſumme überſchreitende Anſpruch des Laſtenberechtigten. D. R.

Digitized by Google

der Schuldner, und der Beſitzer desſelben übt nur im Namen und als Mittelsperſon für das Zehntrecht dieſe Laſtenpflicht aus. Nur als Beſitzer dieſes Zehntrechtes iſt er der Laſtenpflichtige. Dieß geht auch aus L.R.S. 710 d. e und den §§. 7 und 8 des Bauedicts vom 26. April 1808 hervor, wo ausdrücklich geſagt iſt, daß dieſe Laſten auf dem „Zehnten“, alſo nicht auf dem Beſitzer ruhen.

Dieſer Letztere, vorausgeſetzt, daß er nicht noch aus einem andern Rechtstitel laſtenpflichtig iſt, hat nur als ſolcher, d. h. nur ſo lange er Eigenthümer des Zehntrechtes iſt, die Laſten zu tragen; gibt er ſein Zehntrecht rechtzeitig auf, ſo entſchlägt er ſich dieſer Laſten.

Ueberſteigt der Betrag dieſer Laſten den Werth des Zehntrechts, z. B. bei einem Kirchenbau, ſo muß es dem Zehntherrn freiſtehen, dieſe Laſten zu tragen, oder aber das Zehntrecht ſelbſt hinzugeben. Wählt er das Letztere, ſo kann er für das Fehlende mit ſeinem übrigen Vermögen nicht in Anſpruch genommen werden, weil er nicht perſönlich laſtenpflichtig iſt, wie der dritte Beſitzer einer verpfändeten Liegenſchaft.

Aber auch nicht aus dem Grunde, weil er etwa während einer Reihe von Jahren durch den Zehntgenuß weit mehr bezogen hat, als dieſer Laſtenbetrag beſagt, kann er für das Fehlende verbindlich gemacht werden; denn die Laſt ruht auf dem Zehntrecht ſelbſt, nicht auf den Zehntfrüchten des einzelnen Jahrganges. Hier weicht dieſe Laſt von der Zehntpflicht ab; bei dieſer gebührt dem Zehntherrn von den Früchten jedes einzelnen Jahres ein gewiſſer Theil; bei den Zehntlaſten aber hat Derjenige, zu deſſen Gunſten ſie beſtehen, alſo der Laſtenberechtigte, keinen Anſpruch auf einen Theil des jährlichen Zehntertrags; dieſer iſt von jeder Laſt frei; nur das dingliche Recht zum Bezug des Zehntertrags iſt belaſtet. Während bei der Zehntpflicht Derjenige, welcher die Früchte des Grundſtückes bezieht, alſo namentlich auch der Pächter, den Zehnten zurücklaſſen muß, iſt bei den Zehntlaſten nicht der Zehntbezieher als ſolcher laſtenpflichtig, alſo namentlich nicht der Zehntpächter, ſondern nur dann, wenn jener zugleich Eigenthümer des Zehntrechtes iſt. So wenig der dritte Beſitzer eines verpfändeten Grundſtückes verpflichtet iſt, wenn er das Gut hingibt, den aus deſſen Erlös nicht gedeckten Theil des darauf haftenden Kapitals deßwegen auf ſein übriges Vermögen zu übernehmen, weil er vielleicht während des Beſitzes dieſes Pfandobjects einen guten Ertrag aus dieſem gezogen; ebenſowenig kann der bisherige Zehntherr, wenn er das Zehntrecht hingibt, wegen des frühern Genuſſes des Zehntens haftbar ſein.

Würde man dieſe Thatſache des bisherigen Zehntgenuſſes ſchon für hinreichend halten, einen Rechtstitel für ſolche Haftbarkeit abzugeben, ſo müßte man z. B. dahin kommen, Pfarrer und Schullehrer, welche auf einer frühern Pfründe Zehnten dotationsmäßig bezogen haben, obwohl ſie ſchon längſt auf einer andern ſich befinden, alſo mit dem Laſtenberechtigten in keinem Rechtsverhältniſſe mehr ſtehen, in's Mitleiden zu ziehen, wozu doch ſicher kein Rechtsgrund vorläge. Und wie wollte denn richtig geſtellt werden, daß und wie viel Vortheil der abgetretene Zehntherr von dem Zehntgenuſſe zog, und auf wie viel Rechtsvorfahrer desſelben, wenn deſſen Beitrag noch nicht reichen würde, zurückzugehen ſei? —

Es iſt zwar nicht zu verkennen, daß eine gewiſſe Härte für die Laſtenberechtigten darin liegt, den Zehntherrn, der, oder deſſen Ahnen, während einer Reihe von Jahren einen reichen Zehnten bezogen, welcher den Wohlſtand der Familie gründete, wenn er ſein Zehntrecht noch zur rechten Zeit hingibt, für einen Ausfall nicht mehr in Anſpruch nehmen zu können; und es läßt ſich nicht läugnen, daß, wenn Gründe der Billigkeit rechtliche Geltung hätten, dieſe einen ſolchen Bezieher verurtheilen würden, namentlich da nun doch einmal der kirchliche Zehnte deßwegen gegeben wurde, um daraus größere kirchliche Bedürfniſſe, alſo Bauten ꝛc. zu beſtreiten, oder aber um denjenigen Wohlthäter, der aus eigenem Antrieb ſolche Laſten trug, zu entſchädigen; allein hier muß auf dem Standpunkte des Rechts beſtanden werden, und von dieſem aus läßt ſich ein ſolcher ſubſidiärer Anſpruch nicht rechtfertigen.

Werden die Zehntlaſten abgelöſt, ſo wird auch hier, wie bei der Zehntablöſung, ein Kauf eingegangen: der Verkäufer iſt der Laſtenberechtigte, der Käufer der Laſtenpflichtige Zehnte, beziehungsweiſe deſſen Eigenthümer; der Kaufsgegenſtand iſt das Recht auf die Zehntpflicht, und den Preis bildet das Ablöſungscapital. Der ablöſende Zehntherr geht auch hier ſeiner Seits, wie oben nachgewieſen, der Zehntpichtige keine perſönliche Verbindlichkeit ein, das Ablöſungskapital bis auf den letzten Kreuzer zu

Digitized by Google

zahlen; er handelt nur Namens des belaſteten Zehntrechtes, und als deſſen Vertreter, wie der Zehntpflichtige; und das Zehntrecht, beziehungsweiſe das demſelben ſurrogirte Ablöſungscapital wird der Schuldner. Iſt das Zehntablöſungskapital größer, als das Laſtenablöſungskapital, ſo fällt der Ueberſchuß natürlich dem bisherigen Zehntherrn zu; iſt daſſelbe kleiner, ſo fällt es ſeinem ganzen Betrage nach wohl dem Laſtenberechtigten zu; allein zur Deckung des fehlenden Betrages iſt kein Schuldner mehr vorhanden, weil mit der rechtskräftigen Beſtimmung des Ablöſungskapitals für den Zehnten, wenn dieſe *vor* der Laſtenablöſung erfolgt, das Zehntrecht an das zehntpflichtige Gut übergegangen, und dort durch Conſolidation erloſchen iſt, und weil, wenn jene auch *nach* der Laſtenablöſung vor ſich geht, das Laſtenkapital doch erſt nach erfolgter Beſtimmung des Zehntablöſungskapitals, alſo zu einer Zeit gefordert werden kann, wo das ſchuldneriſche Zehntrecht nicht mehr beſteht.

Auf den Käufer aber, den bisher laſtenpflichtigen Zehnt herrn, kann der laſtenberechtigte Verkäufer nicht weiter greifen, weil jener nicht in eigenem Namen, ſondern nur Namens des untergegangenen Zehntrechts handelte, und ſich perſönlich nicht verpflichtete, wenn nämlich der Ablöſungsvertrag gehörig abgefaßt, d. h. in demſelben nicht anders beſtimmt wurde.

Aber auch nicht aus dem Grunde, weil der laſtenpflichtige Zehntherr früher die Einkünfte des Zehntens bezog, kann Erſterer von dem Laſtenberechtigten wegen des Fehlenden belangt werden, weil, wie oben nachgewieſen, dieſe Einkünfte nicht belaſtet waren, weil er ſchon vor der Ablöſung aus dieſem Grunde nicht hätte belangt werden können, und durch die Ablöſung hierwegen kein neuer Rechtstitel entſtanden iſt; der Beklagte wäre nicht einmal mehr paſſiv zur Sache legitimirt, und eine ſolche Klage müßte, als in Rechten nicht begründet, ſchon nach §. 358 der Proceßordnung abgewieſen werden.

Kann jedoch der Laſtenberechtigte *andere* Verpflichtungsgründe gegen den bisher Laſtenpflichtigen Zehntherrn namhaft machen, ſo kann er gegen denſelben auftreten, wie ihm §. 7 des Zehntablöſungsgeſetzes dieſes Recht ausdrücklich vorbehält.

Durch Obiges dürfte nachgewieſen ſein, daß der Zehntherr, als ſolcher, wenn das Ablöſungskapital der Zehntlaſten das Zehntablöſungskapital überſteigt, für das an Erſterem Fehlende nicht haftet.

In dieſem Sinne iſt auch bereits eine Entſcheidung des oberſten Gerichtshofes erfolgt und zwar am 10. September 1845 in Sachen der politiſchen *Gemeinde Forchheim* gegen den *Großherzoglichen Domainenfiscus*, wegen Ergänzung des um 1204 fl. 59 kr. das Zehntablöſungskapital überſteigenden Zehntbaulaſtenkapitals, indem nämlich die klagende Gemeinde abgewieſen wurde.

Spohn. *)

III.

Hofgericht des Oberrheinkreiſes und Oberhofgericht.

Sind bei Streitigkeiten über Erfüllung von Akkorden zu öffentlichen Arbeiten an einem *Gemeindebrunnen* die Gerichte oder die Verwaltungsſtellen zur Verhandlung und Entſcheidung competent?

In Sachen der Gemeinde Geißlingen gegen Maurer *Philipp Rutſchmann*, Vertragserfüllung betreffend, hat das Hofgericht des Oberrheinkreiſes durch Urtheil vom 18. Januar 1844 erkannt: Das Urtheil des Bezirksamtes J. vom 2. Juni 1843, wodurch der Beklagte Maurer Philipp Rutſchmann unter Verfällung in die Koſten für ſchuldig erklärt worden, den mit der klagenden Gemeinde am 15. Juni 1839 abgeſchloſſenen Akkord wegen Herſtellung eines ſteinernen Brunnens dadurch zu erfüllen, daß er dieſen Brunnen binnen vier Wochen aus guten und dauerhaften Bergſteinen herſtelle, — ſei aufzuheben und ſei auszuſprechen: Die Klage finde vor den bürgerlichen Gerichten nicht ſtatt, und ſei die Klägerin in die Koſten beider Inſtanzen zu verfällen

Die Entſcheidungsgründe lauten wie folgt:

Die erhobene Klage beruht darauf, daß die Klägerin am 15. Juni 1839 mit dem Beklagten einen Akkord abgeſchloſſen, wornach dieſer die Erbauung eines neuen ſteinernen Brunnens ſammt Stock im obern Dorf um die Summe von 503 fl. und unter der Verpflichtung übernommen habe, das Brunnenbeet nebſt Säule nach vorgelegtem Plane herzuſtellen, insbeſondere die Brunnen-

*) Secretär beim evangeliſchen Oberkirchenrath.

Digitized by Google

ſchaale von guten und dauerhaften Bergſteinen zu fertigen, daß aber dieſes nicht geſchehen, da der Brunnen nicht nach dem Plane und nicht von Bergſteinen, ſondern von unhaltbaren Schweizerſteinen hergeſtellt ſei. Hierauf geſtützt wird das Begehren geſtellt, den Beklagten für ſchuldig zu erklären, er habe den mit der klagenden Gemeinde am 15. Juni 1839 abgeſchloſſenen Akkord dadurch zu erfüllen, daß er den Brunnen aus guten und dauerhaften Bergſteinen herſtelle.

Der Beklagte gibt zu, den gedachten Akkord mit der klagenden Gemeinde abgeſchloſſen zu haben, er wendet aber ein, daß die von ihm an den fraglichen Brunnen verwendeten ſogenannten Schweizerſteine eben ſo dauerhaft und zweckmäßig ſeien als die ſogenannten Bergſteine.

Hiernach handelt es ſich um eine Streitigkeit über Erfüllung eines Akkordes zwiſchen dem Unternehmer öffentlicher Arbeiten an einem Gemeindebrunnen einer- und einer Gemeinde anderer Seits. Derartige Streitigkeiten eignen ſich aber nicht zur gerichtlichen Cognition, da die Verhandlung und Entſcheidung hierüber durch das Organiſationsreſcript vom 26. Nov. 1809, Beilage D, §. 8 a (Regierungsblatt von 1809, Nr. 52. S. 449) den Verwaltungsſtellen zugewieſen iſt. Zwar ſpricht dieſes Geſetz nicht ausdrücklich von Erfüllung der Akkorde über öffentliche Arbeiten an Brunnen. Allein aus dem Geiſte des Geſetzes in Verbindung mit der authentiſchen Erläuterung deſſelben im Regierungsblatt von 1815 Nr. 16 geht unzweifelhaft hervor, daß die Vorſchrift in §. 8 lit. D des Organiſationsreſcripts auf alle Streitigkeiten über Erfüllung der Akkorde wegen jeder öffentlichen Unternehmung in Bauſachen ſich bezieht. Hiefür ſpricht auch der Grund des Geſetzes. Dieſer liegt nämlich, wie ſich aus der Verordnung vom 9. Sept. 1815 Regierungsblatt Nr. 16 ergibt, darin, daß das öffentliche Intereſſe eine ſchleunigere Schlichtung ſolcher Streitigkeiten erheiſcht, als von den an prozeſſualiſche Formen und Weitläufigkeiten gebundenen Gerichten zu erwarten wäre, damit die öffentlichen Arbeiten nicht aufgehalten, überhaupt das öffentliche Intereſſe nicht gefährdet werde. Dieſer Grund waltet nun bei Streitigkeiten über Herſtellung von Brunnen eben ſo gut und in eben ſolchem Maße ob, wie bei Streitigkeiten über Herſtellung einer anderen Baulichkeit. Es kann ſomit die Anwendbarkeit der Vorſchrift in §. 8 a des Organiſationsreſcriptes auf den angegebenen Fall keinem Zweifel unterliegen.

Zwar hat man ſchon in erſter Inſtanz die Einrede der Incompetenz der Gerichte vorgeſchützt und dieſelbe durch Erkenntniß vom 24. Jänner 1842 verworfen. Allein dieſes Erkenntniß wurde dem Beklagten weder eröffnet, noch zugeſtellt. Zudem iſt die gedachte Einrede eine ſolche, die lediglich auf dem Geſetze beruht und von deren Grund oder Ungrund die Rechtsbeſtändigkeit des Verfahrens abhängt, daher dieſelbe zu jeder Zeit geltend gemacht und ſelbſt von Amtswegen berückſichtigt werden kann.

Aus dieſen Gründen und nach Anſicht des §. 2. 169 der P.O. wurde wie geſchehen erkannt. —

Das Großherzogl. Oberhofgericht hat obiges Erkenntniß durch Urtheil vom 23. Januar 1845 beſtätiget und die hofgerichtlichen Entſcheidungsgründe adoptirt. Haager.

IV.

Hofgericht des Oberrheinkreiſes und Oberhofgericht.

Unter welchen Vorausſetzungen kann aus Dienſthandlungen der Verwaltungsbeamten eine Entſchädigungsklage vor den Gerichten erhoben werden?

Wie aus den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern N. F. 8. Jahrg., S. 611. Note zu erſehen iſt, ſo hat das Großherzogliche Oberhofgericht in einem Rechtsfalle — Maiſe gegen Bühler, — wo der Beklagte wegen einer Amtshandlung, die er als Bürgermeiſter und zwar als Veranlaſſer und Vollzieher amtlicher Adminiſtrativverfügungen vorgenommen hatte, auf Erſatz des dadurch angeblich verurſachten Schadens in Anſpruch genommen wurde, kürzlich einſtimmig ſich dahin ausgeſprochen, daß die Entſchädigungsklage gegen einen Verwaltungsbeamten aus einer Dienſthandlung nicht ſtattfinde, bevor jene Dienſthandlung durch die betreffende Verwaltungsbehörde für eine unrechtmäßige erklärt ſein werde.

Der erwähnte Rechtsfall iſt derſelbe, welcher von dem Hofgericht des Oberrheinkreiſes durch Urtheil vom 7. März 1844 entſchieden wurde. Annalen 13. Jahrgang Nr. 23.

Das Großherzogliche Oberhofgericht hat durch Urtheil vom 3. April 1845 das hofgerichtliche Urtheil beſtätiget und die hofgerichtlichen Enſcheidungsgründe mit dem Zuſatze adoptirt:

In ſofern der Kläger, wie er behauptet, die im amtlichen Beſchluſſe vom 20. December 1841 ihm auferlegten Reparaturen wirklich ſchon hergeſtellt hatte und der Bürgermeiſter ihm dann das Haus dennoch niederreißen ließ, ſo mag er dieß den höhern Verwaltungsbehörden nachweiſen und dadurch den Ausſpruch der letztern, daß der Bürgermeiſter bei Niederreißung des Hauſes rechtswidrig gehandelt habe, erwirken und damit die Zuläſſigkeit der auf den L.R.S. 1382 gebauten Klage gegen den Bürgermeiſter begründen. Haager.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 13. Karlsruhe den 28. März 1846.

I.

Von dem Vorzugsrechte der Koſten der letzten Krankheit.

Es iſt nicht der Zweck dieſer Zeilen, die Lehre vom Vorzugsrechte der Koſten der letzten Krankheit in allen Beziehungen zu bearbeiten; vielmehr ſoll hier nur eine Streitfrage, welche ſich zuweilen in der Praxis darbietet, einer nähern Betrachtung unterworfen werden. Es herrſchen nämlich verſchiedene Anſichten über die Frage, was unter der letzten Krankheit — L.R.S. 2101. Ziff. 3 zu verſtehen ſei, ob damit die Krankheit, in Folge deren der Schuldner ſtarb, oder die, welche dem Ausbruche des Zahlungsunvermögens unmittelbar voranging, gemeint ſei.

Wir bemerken zum Voraus, daß wir ſchon im Intereſſe der Kürze nur von der letzten Krankheit des Schuldners ſprechen, ob uns gleich die hier nicht zu prüfende Anſicht mehrerer Ausleger, daß das Vorzugsrecht nicht allein den Koſten der letzten Krankheit des Schuldners ſelbſt, ſondern auch denen der letzten Krankheit ſolcher Perſonen, deren Verpflegung dem Schuldner obliegt, zukomme, nicht entgangen iſt.

Vergl. Brauer Erläuterungen zu S. 2101 Abſ. 3 im IV. Bd. S. 126.

Die erwähnte Streitfrage hat übrigens ſchon Erörterungen in der Literatur des franz. Civilrechts veranlaßt. Wir theilen den Stand dieſer Literatur bezüglich des vorliegenden Punktes kurz mit. Eine Reihe von Geſetzesauslegern erklärt ſich, und zwar ohne beſondere Erwähnung jener Streitfrage dahin, daß unter der letzten Krankheit (C. c. art. 2101. 3) diejenige Krankheit, an welcher der Schuldner geſtorben ſei, verſtanden werden müſſe.

Bousquet, Explication du C. c. t V. p. 90.

Delaporte, Pandectes Françaises. t. XV. Nr. 73.

Hutteau in der Ausgabe von *Pothier* traités sur les hypothèques t. I. p. 447.

Battur, Des privilèges et hypothèques t. I. Nr. 33.

Zachariä, franz. Civilrecht II. §. 260. p. 82 IV. Ausgabe.

Frey, Lehrb. des franz. Civilrechts §. 434.

Stempf, Gantverfahren und Gantrecht nach bad. Geſetz. S. 72.

Grenier (Traité des hypothèques t. II. Nr. 302) und *Troplong* (Des privilèges et hypothèques t. I. Nr. 37 seqq.) ſchließen ſich dieſer Anſicht in der Weiſe an, daß ſie das Vorzugsrecht keinesfalls den Koſten einer früheren Krankheit des Schuldners verliehen wiſſen wollen, nehmen aber doch auf der andern Seite an, daß es einen Ausnahmsfall gebe, in welchem das Vorzugsrecht den Krankheitskoſten beim Leben des Schuldners zukomme, nämlich wenn letzterer in ein Zahlungsunvermögen (faillite ou déconfiture) verfallen ſei. Sie verſtehen alſo hier unter der letzten Krankheit die, welche dem Ausbruche des Zahlungsunvermögens unmittelbar voranging. Dabei fordert aber *Troplong*, daß die Krankheit beim Eintreten des Zahlungsunvermögens noch in ihrer ganzen Stärke (dans toute sa gravité) fortgedauert habe, indem die Gläubiger, falls der Schuldner ſchon vor der faillite vollſtändig geheilt oder wenigſtens auf dem Wege der Beſſerung geweſen wäre, es ſich ſelbſt zuſchreiben müßten, wenn ſie nicht die Zahlung erwirkt hätten. *Grenier* und *Troplong* ſtützen ihre Anſichten auf die Billigkeit.

Duranton (Cours de droit français t. XIX Nr. 54 seqq.) und *Boileux* (Commentaire sur le C. c. ad art. 2101) ſetzen den Gedanken, daß mit den Worten letzte Krankheit

Digitized by Google

auf den Tod des Schuldners hingedeutet ſei, ganz bei Seite und glauben, daß der Geſetzgeber nur die in Bezug auf das die Vermögensvertheilung veranlaſſende Ereigniß (faillite oder deconfiture) letzte Krankheit im Auge gehabt habe. Sie legen dabei viel Gewicht darauf, daß der Arzt, welcher das Glück gehabt habe, den Kranken zu retten, gewiß nicht weniger Rückſicht verdiene, als der unter deſſen Behandlung der Kranke geſtorben ſei. *Duranton* bemüht ſich, ſeine Meinung auch durch den Wortlaut des Geſetzes zu rechtfertigen. Er beruft ſich darauf, daß das Geſetz im Art. 2101 von frais quelconques de *la* dernierp maladie ſpreche, während es ſich im Art. 385, welcher Artikel offenbar auf die Koſten der dem Tode unmittelbar vorangegangenen Krankheit gehe, der Worte frais funéraires et ceux de dernière maladie mit Hinweglaſſung von la (welches gleichwohl aus Verſehen auch hier in manchen Ausgaben beigeſetzt iſt) bediene. Er glaubt, daß dieſe Verſchiedenheit des Ausdrucks weſentlich für ſeine Meinung ſpreche, indem der Geſetzgeber dieſelbe wohl nicht ohne Grund habe eintreten laſſen. Er glaubt ferner, daß man die Worte frais de *la* dernière maladie deßhalb gewählt habe, weil ſich dieſe Ausdrucksweiſe mit der Anſicht, daß die dem Zahlungsunvermögen vorangegangene Krankheit gemeint ſei, vereinbaren laſſe, während die Worte frais de dernière maladie dem Sprachgebrauche nach nur auf die dem Tode vorangegangene Krankheit hingedeutet haben würden. Als weiteren nicht unwichtigen Grund für ſeine Meinung führt *Duranton* den Umſtand an, daß im Art. 385 die Begräbnißkoſten und die Koſten der letzten Krankheit unter einer Ziffer nebeneinandergeſtellt ſeien, während ſie im Art. 2101 unter zwei Ziffern getrennt genannt ſeien.

Wir glauben, daß es zur gehörigen Würdigung unſerer Streitfrage einer rechtsgeſchichtlichen Betrachtung des fraglichen Vorzugsrechtes bedarf, welche wir im Folgenden anſtellen wollen.

Das römiſche Recht kennt dieſes Vorzugsrecht zwar nicht, hat aber dennoch zur Entſtehung deſſelben Veranlaſſung gegeben, indem die Rechtsgelehrten irrigerweiſe in römiſchen Geſetzesſtellen deſſen Begründung zu finden glaubten. Dieſe Stellen ſind:

l. 37. pr. Dig. de religios. et sumt. fun. (11. 7.)

Funeris sumtus accipitur, quidquid corporis causa, veluti unguentorum, erogatum est: et pretium loci, in quo defunctus humatus est: et si qua vectigalia sunt, vel sarcophagi, et vectura. Et quidquid corporis causa, antequam sepeliatur, consumtum est, funeris impensam esse, existimo.

l. 4. Cod. de pet. hered. (3. 31).

Imp. Antoninus A. Vitaliano.

In restituenda hereditate compensatio ejus habebitur, quod te in mortui *infirmitatem*, inque sumtum funeris bona fide ex proprio tuo patrimonio erogasse probaveris.

l. 3. Cod. de religios. et sumt. fun. (3. 44.)

Imp. Alexander A. Rimo.

Legatum a defuncto tibi relictum, et quod in funus vel *morbum* ejus erogasse te boni viri arbitratu probaveris, Praeses provinciae solvi tibi jubebit.

Durch die erſte Stelle, glaubte man, ſei das Privilegium der Leichenkoſten, (l. 46. Dig. de rel. et sumt. fun. Impensa funeris semper ex hereditate deducitur, quae etiam omne creditum solet praecedere, cum bona solvendo non sint) auch den Krankheitskoſten mitgetheilt, und zwar insbeſondere wegen der Worte quidquid corporis causa, veluti unguentorum erogatum est, welche man auf den lebenden Körper bezog, indem man unter unguenta äußerliche Heilmittel verſtand, während doch offenbar dem ganzen Zuſammenhange nach nur vom Leichnam und von Stoffen, womit bei den Römern die Leichen geſalbt zu werden pflegten, die Rede iſt. In der zweiten und dritten Stelle ſind die Leichenkoſten und die Koſten der letzten Krankheit nebeneinander geſtellt, und daraus folgerte man, daß auch dieſen letztgenannten Koſten das Vorzugsrecht der erſtgenannten zuſtehe; allein gewiß ganz mit Unrecht, indem in beiden Reſcripten eines Vorzugsrechts mit keiner Silbe Erwähnung geſchieht, und die Nebeneinanderſtellung von Leichenkoſten und Krankheitskoſten auf der Zufälligkeit ruht, daß in den den Reſcripten zu Grunde liegenden Fällen dieſe beiden Arten von Koſten vom vermeintlichen Erben und vom Legatar angeſprochen wurden.

Wenn nun aber auch das römiſche Recht nach richtiger Auslegung der betreffenden Geſetzesſtellen das Vorzugsrecht der Koſten der letzten Krankheit nicht rechtfertigt; ſo hat doch gerade das Mißverſtändniß jener Geſetzesſtellen einen allgemeinen Gerichtsgebrauch zur Folge gehabt, wornach die Koſten der letzten Krankheit ebenſo wie die Leichenkoſten behandelt werden und auch das Vorzugsrecht der letztern genießen. Aeltere und neuere Schriftſteller bezeugen uns, daß jener Gerichtsgebrauch

Digitized by Google

ſo feſtſtehe, daß man ihn in den Fällen des täglichen Lebens nicht wohl angreifen könne.

Voet, Commentar ad Pand. I. lib. XI. t. 7. §. 15.

Carpzov, Jurisprud. for. P. I. const. 28. def. 43.

Ludovici, Einleitung zum Concursproceß Kap. X. §. 13.

Huber, Praelect. jur. Rom. et hodierni t. II. lib. XI. tit. 7. §. 6.

Leyser, med. ad Pand. tom. VII. spec. 484 I.

Lauterbach, Coll. theoretico pract. tom. I. lib. XI. tit. 7. §. 33.

Gmelin, Ordnung der Gläubiger Kap. II. §. 4. S. 93 ff. 2. Ausg.

Dabelow vom Concurſe. S. 597—601.

Thibaut Syſt. des Pand. R. II. §. 808. 8. Ausg.

Wir haben bisher nur Rechtsgelehrte Hollands und Deutſchlands genannt, aber auch franz. Schriftſteller, welche unter der Herrſchaft des alten Rechts wirkten, geben Zeugniß, daß auch in Frankreichs Gerichten dergleichen Gerichtsgebrauch herrſchte.

J. Bacquet (advocat du roi. † 1597) sur les droits de justice chap. 21. Nr. 274.

Maynard († 1607) Arrêts, lib. 16. t. 61.

J. Papon, Recueil d'arrêts notables des cours souveraines de France. l. 16. t. 61.

Recueil d'arrêts du parlement de Paris, pris de Memoires de *Louet*, augmenté par Julien *Brodeau*. lettre C., sect. 29. Nr. 4.

In vielen deutſchen Landrechten wurde das Vorzugsrecht der Koſten der letzten Krankheit, bald in größerem, bald in kleinerem Umpfange hinſichtlich der verſchiedenen Arten dieſer Koſten, geſetzlich ſanctionirt.

Const. Electoral. Saxon. c. 28.

Würtemberger L.R. p. 1. tit. 75.

Cod. Bavar. judiciar. tit. 20. §. 3.

Frankfurter Reformation. p. 1 t. 49. §. 3.

Kurpfälz. L.R. p. 2. tit. 20. §. 11.

Bad. L.R. p. 4. tit. 21. §. 5. tit. 22. §. 1.

Wir haben das Bisherige hauptſächlich deßhalb mitgetheilt, weil ſich daraus ergibt, daß das Vorzugsrecht der Koſten der letzten Krankheit ſeiner ganzen Entſtehungsgeſchichte nach in der That kein anderes iſt, als das durch die römiſchen Geſetze den Leichenkoſten verliehene, und daß jene Krankheitskoſten eigentlich nur dem Umſtande, daß man ſie wie Leichenkoſten behandelte, ihre Bevorzugung verdanken. Bei dieſer Sachlage läßt ſich aber gewiß mit Grund annehmen, daß im Sinne des allgemeinen Gerichtsgebrauchs unter den Koſten der letzten Krankheit, nur die Koſten der Krankheit, an welcher der Schuldner ſtarb, verſtanden werden können. Der Zuſammenhang, in welchem dieſe Koſten, aber auch nur dieſe Koſten, mit den Leichenkoſten ſtehen, führt unmittelbar zu jener Annahme. Demgemäß erklären ſich auch alle vorhin angeführten Schriftſteller klar dahin, daß der Gerichtsgebrauch nur die Koſten der Krankheit, an welcher der Schuldner geſtorben ſei, keineswegs aber die andern Krankheiten im Auge habe.

Voet a. a. O. bemerkt dabei, der beſtehende Gerichtsgebrauch könne allerdings zu dem Mißſtande führen, daß der geſchickte Arzt, der den Kranken durch ſeine Kunſt rette, viel ſchlimmer behandelt werde, als der ungeſchickte, unter deſſen Behandlung der Kranke geſtorben ſei, nichts deſtoweniger aber gehe jener Gerichtsgebrauch doch nur auf die Koſten der Krankheit, in Folge deren der Schuldner ſtarb. *Voet* hegte denſelben Gedanken, den ſpäter *Duranton*, wie wir oben bemerkten, bei Auslegung des Art. 2101 des C. c. zu erkennen gab, wagte es aber keineswegs, dieſem Gedanken die gewichtigen Folgen zu geben, welche *Duranton* darauf gründet.

Pothier, deſſen Werke bekanntlich bei der Abfaſſung des Code civil häufig zur Richtſchnur dienten, ſpricht ſich (Procéd. civil p. 194) ganz klar dahin aus, daß ein Vorzugsrecht nur den Koſten der Krankheit zukomme, woran der Schuldner geſtorben ſei.

So ſtand die Sache vor dem Code civil. Das franzöſiſche, wie das deutſche Recht kannte nur ein Vorzugsrecht der Koſten der dem Tode des Schuldners unmittelbar vorangegangenen Krankheit. Der C. c. hat dieſes beſtehende Vorzugsrecht ohne die geringſte Andeutung irgend einer Neuerung lediglich aufgenommen; es iſt daher gewiß auch das Natürlichſte, jenes Vorzugsrecht nur in dem Sinne aufzufaſſen, in welchem es vor der neuen Geſetzgebung aufgefaßt wurde. Der C. c. kann hier offenbar nur aus dem früheren Rechte erklärt werden. Daß im C. c. keine Neuerung bewirkt werden ſollte, ergibt ſich daraus, daß ſich hiervon in den bei Berathung des Geſetzbuchs vorgetragenen Reden und ſtattgehabten Discuſſionen keine Spur zeigt, daß vielmehr ein Redner,

Digitized by Google

der Staatsrath *Treilhard* erklärte, der Geſetzentwurf enthalte hinſichtlich der Vorzugsrechte, nichts Neues, und daß ein anderer Redner, *Grenier*, über die nunmehr im Art. 2101 zuſammengeſtellten Forderungen bemerkte, daß ihnen von jeher (de tout temps) ein Vorzugsrecht in der beantragten Weiſe zugekommen ſei.

Hiernach ſcheint es feſtzuſtehen, daß der Geſetzgeber bei Abfaſſung des Art. 2101 des C. c. nur die Koſten der Krankheit, an welcher der Schuldner ſtarb, mit einem Vorzugsrechte begaben wollte, und wir nehmen daher keinen Anſtand, unſere Streitfrage in dieſem Sinne zu entſcheiden.

Einige Blicke wollen wir noch auf die unſrer Meinung entgegenſtehenden Anſichten werfen. Man kann annehmen, daß nur das Gefühl der Billigkeit die Gegner zu dieſen Anſichten, welche, wie gezeigt wurde, der Geſchichte der Entſtehung und Ausbildung der fraglichen Rechtseinrichtung gänzlich widerſprechen, führte. Unmöglich aber kann dem bloßen Billigkeitsgefühle der Einfluß geſtattet werden, welchen man ihm von gegneriſcher Seite gewähren will. Niemals hat ſich der Richter in Deutſchland, wo das fragliche Vorzugsrecht längſt beſteht, unter Berufung auf die Billigkeit für berechtigt erachtet, demſelben die neuerdings in Frankreich vertheidigte Ausdehnung zu geben. Es kann daher die oben mitgetheilte Anſicht *Grenier's* und *Troplong's*, welche die richtige Meinung von dem eigentlichen Charakter des in Frage ſtehenden Rechtes theilen, dann aber doch durch Aufſtellung eines mit nichts gerechtfertigten Billigkeitsſatzes praktiſch zum Gegentheile jener Meinung kommen, nur als höchſt befremdend erſcheinen. Conſequenter iſt die Meinung von *Duranton* und *Boileux*, welche unter dernière maladie geradezu und ohne Rückſicht auf den Tod des Schuldners die letzte Krankheit vor dem die Vermögenstheilung veranlaſſenden Ereigniſſe verſtanden wiſſen wollen; ſie ſteht aber in der Weiſe mit den oben mitgetheilten rechtsgeſchichtlichen Momenten im Widerſpruche, daß ſie ſchlechthin als unvereinbar mit dem Sinne und der Abſicht des Geſetzgebers betrachtet werden muß. Auch die Nebengründe, welche *Duranton* für ſeine Meinung geltend macht, ſind ſchwach. Daraus, daß ſich der Art. 2101 der Worte frais *de la* dernière maladie und nicht bloß frais *de* dernière maladie bedient, kann an und für ſich nichts für *Duranton* abgeleitet werden. Letzterer ſelbſt hebt dieſen Punkt in der Weiſe hervor, daß er den Gedanken äußert, die im Art. 2101 gewählte Ausdrucksweiſe laſſe in ſprachlicher Beziehung ſeine Auslegung zu, während die andere Ausdrucksweiſe dieſer Auslegung geradezu entgegenſtehe. Er zieht daraus, daß das Geſetz die ſeine Auslegung zulaſſende Ausdrucksweiſe gewählt habe, einen Schluß auf die Richtigkeit ſeiner Meinung. Zur Widerlegung dieſer Deduction dürfte jedoch ſchon die einzige Bemerkung genügen, daß ſich der Staatsrath *Treilhard* in ſeiner Rede über den titre des privilèges et des hypothèques bei Nennung der einzelnen Vorzugsrechte der Worte frais *de* dernière maladie, mithin eben der Ausdrucksweiſe bedient, welche mit der Auslegung *Duranton's* nach deſſen eigener Erklärung unvereinbar iſt. Ebenſowenig, als aus dem Sprachgebrauche des Art. 2101 an und für ſich, kann aus der Verſchiedenheit der in dieſem Artikel und im Art. 385 gebrauchten Ausdrucksweiſen abgeleitet werden, wenn man bedenkt, wie leicht ſich überhaupt durch Zufall eine ſolche Verſchiedenheit ergibt, und wie leicht dieß insbeſondere bei Abfaſſung des C. c., deſſen Theile bekanntlich von einander getrennt berathen wurden, geſchehen konnte. Wenn *Duranton* ſich endlich darauf beruft, daß Leichen- und Krankheitskoſten im Art. 2101 unter verſchiedenen Ziffern genannt ſeien, während man ſie im Art. 385 in demſelben Abſatze neben einandergeſtellt finde; und daß ihnen zwei verſchiedene Vorzugsrechte gegeben ſeien; ſo kann ihm mit dem größten Rechte entgegengehalten werden, daß es ſich wohl im Art. 2101, nicht aber im Art. 385 darum handelte, die verſchiedenen Forderungen in eine Rangordnung zu bringen, und daß hiebei dem früheren Rechte gemäß, welchem zu folgen man für gut fand, die Krankheitskoſten den Begräbnißkoſten nachzuſetzen waren. Dieſer letzte Punkt bedarf einer Erläuterung, um irrigen Folgerungen zu begegnen. Wir haben oben auszuführen geſucht, daß das Vorzugsrecht der Koſten der letzten Krankheit lediglich durch irrige Anwendung des nach römiſchem Rechte den Leichenkoſten zuſtehenden Vorzugsrechts auf die gedachten Krankheitskoſten entſtanden ſei, und daß man dem Gerichtsgebrauche nach die Krankheitskoſten wie Leichenkoſten behandelt habe. Unter dieſen Umſtänden, ſollte man glauben, hätte den Krankheitskoſten auch derſelbe Rang, wie den Leichenkoſten zu Theil werden müſſen. Es muß daher auffallen, daß ſchon das ältere franzöſiſche Recht und auf deſſen

Digitized by Google

Grund der C. c. die Krankheitskoſten den Leichenkoſten nachſetzte. Es läßt ſich dieß jedoch leicht erklären. Als nämlich das Vorzugsrecht der Koſten der letzten Krankheit in der Praxis feſtzuſtehen begann, ſuchten einzelne Ausleger des römiſchen Rechts auch eine Rangbeſtimmung zwiſchen den Begräbniß- und Krankheitskoſten zu ſchaffen, und kamen ſo im Hinblicke auf die oben erwähnte l. 46. Dig. de relig. et sumt. fun. dazu, die Krankheitskoſten den Begräbnißkoſten in einer eigenen Klaſſe nachzuſetzen. Dies thaten namentlich einige italiäniſche Juriſten, z. B. *Baldus* und *Paulus* de Castro (ad l. 4. Cod. de her. pet.) und auf ihre Auctorität hin ging dieſe Anſicht in den franzöſiſchen Gerichtsgebrauch über, wenn gleich nicht ohne Widerſpruch, indem es immerhin Rechtsgelehrte gab (z. B. *Loyseau* traité des offices et des seigneuries. Chateaudun 1610. liv. 3. ch. 8. nr. 23), welche die richtige Anſicht, wonach Krankheits- und Leichenkoſten gleich zu behandeln waren, vertheidigte. *Pothier* a. a. O. entſchied ſich unter Berufung auf das Herkommen für die Meinung, daß die Krankheitskoſten den Begräbnißkoſten nachzuſetzen ſeien, und ſo geſchah es, daß dieſe Anſicht im C. c. geſetzlich ſanctionirt wurde. Aehnliches iſt auf dem Gebiete der deutſchen Rechtswiſſenſchaft wahrzunehmen. Denn, wenn gleich die Mehrzahl der deutſchen Schriftſteller die Koſten der letzten Krankheit lediglich den Leichenkoſten beigerechnet wiſſen will, ſo ſind doch auch einzelne, z. B. Dabelow a. a. O. S. 615 im Hinblicke auf die erwähnte l. 46, zu der Anſicht gekommen, daß die Leichenkoſten im Colliſionsfalle den Koſten der letzten Krankheit unbedingt vorzuziehen ſeien.

Rechtspr. Dr. Roßhirt.

II.

Die Tagfahrt oder Friſt, von welcher der §. 443 der Proceßordnung ſpricht, iſt ohne Androhung eines Rechtsnachtheils anzuordnen.

Da der obige Satz ſeine Gegner findet, ſo ſoll hier verſucht werden, ſeine Richtigkeit darzuthun, indem das Stillſchweigen des Verfaſſers des Aufſatzes im Jahrgang 1842 Seite 355 und folg., der dem ungeſetzlichen Androhen von Rechtsnachtheilen entgegenarbeitet, nicht genügend erſcheint, die entgegengeſetzte Meinung zu beſeitigen.

Vor Allem muß auch hier der §. 653 der Proceßordnung ins Auge gefaßt werden, welcher ausſpricht, daß die Verſäumung einer Proceßhandlung diejenige Folge hat, welche in den Geſetzen beſtimmt (und vom Richter angedroht) iſt. Es gibt Verſäumniſſe, welche gar keine eigentliche Folgen haben z. B. das Ausbleiben einer Partei bei der Zeugenabhör; es gibt ſolche, welche nur die Folge haben, daß das Verſäumte verſäumt bleibt, ohne daß Rückſicht darauf genommen wird, wie z. B. beim mündlichen Verfahren der verſäumte Beweisanfechtungs- und Ausführungsvortrag, es gibt endlich Verſäumniſſe, welche diejenige Folge haben, die in den Geſetzen beſtimmt ſind, wie z. B. der Ausſchluß mit den verſäumten Beweismitteln.

Manche behaupten nun gerade hinſichtlich des letzten Beiſpiels, daß die Verſäumung des Vorſchlags von Beweismitteln jedesmal die Folge des Ausſchluſſes nach ſich ziehe, auch wenn dieſe Folge im Geſetz nicht beſtimmt ſei, indem ſich dieſes ſchon aus der Rechtsähnlichkeit des §. 393 insbeſondere der Nr. 3 ergebe und daß die Androhung des Ausſchluſſes im §. 393 Nr. 3 gleichſam als ein die ganze Proceßordnung durchlaufender Grundſatz zu betrachten, der überall zur Anwendung zu bringen ſei, auch da, wo der Geſetzgeber — angeblich um Raum zu erſparen — die Androhung des Rechtsnachtheils nicht ausdrücklich geboten habe.

Allein die Richtigkeit dieſer Anſicht wird ſchon durch die Rückſicht in Zweifel geſetzt werden, daß die Folgen der Verſäumniſſe, wie oben gezeigt, ſehr verſchieden ſind und daß man nicht berechtigt iſt, diejenige Folge, die der Geſetzgeber an einem Ort ſpeciell beſtimmt hat, auch an einem andern, vielleicht nur ſcheinbar ähnlichen, Ort ebenfalls in Anwendung zu bringen, obgleich der Geſetzgeber hierzu nicht die geringſte Andeutung gab.

Die Meinung, daß die anderwärts beſtimmte Folge ſtillſchweigend auch für alle ähnlichen Fälle gelte, zeigt ſich auch aus dem weitern Grunde als irrig, weil ſich Fälle finden, wo der Geſetzgeber die Folge des §. 393 Nr. 3. ausdrücklich wiederholt, wie z. B. im §. 864. Hätte der Geſetzgeber die Beſtimmung des §. 393 Nr. 3. ſelbſt für eine generelle betrachtet, ſo hätte er ſie im §. 864 nicht abermals ausgeſprochen. Man müßte daher dem Geſetzgeber einerſeits entweder eine Inconſequenz in ſeinem Geſetzbuch unterſtellen, indem er ſich nur hie und da wiederholt, oder anderſeits, eine tadelnswerthe Bequemlich-

Digitized by Google

keit, indem er ſich nicht allenthalben beſtimmt und vollſtändig ausſpricht.

Beide Fehler dürfen aber ſo lange nicht als vorhanden angenommen werden, als es ſich auf andere Weiſe darthun läßt, daß der Geſetzgeber mit Abſicht und aus guten rechtlichen Gründen dieſe oder jene Beſtimmung traf oder unterließ.

Liest man, dieſes vorausgeſchikt, den §. 443 der Pr.-Ord. ſo ergibt ſich ſchon aus dem Inhalt deſſelben, daß dem Beweisführer für den Fall der Verſäumniß der Tagfahrt oder Friſt eine Folge nicht beſtimmt iſt und daß alſo ſchon nach dem Wortlaut des §. 653 ein Ausſchluß mit den Beweismitteln nicht gerechtfertigt erſcheint und der Richter willkührlich handelt, wenn er eine geſetzlich nicht beſtimmte Folge androht.

Allein außer dem können auch die Gründe aufgefunden werden, warum der Ausſchluß als Folge geſetzlich nicht beſtimmt worden iſt.

Schon der Umſtand kann nicht entgehen, daß nach §. 443 für den Beweis eine „Tagfahrt" oder Friſt anzuordnen iſt.

In allen andern Fällen, wo der Richter den Beweis auferlegt, findet man nur die Vorſchrift, daß er hierzu eine Friſt anzuberaumen hat. Es wirft ſich daher die Frage auf, ob das Gebot, eine Tagfahrt anzuberaumen, nur eine zufällige oder aus Verſehen eingeſchlüpfte Eigenheit enthält, oder auf was ſonſt dieſe Ausnahme von der Regel beruht. *)

Geht man auf die §§. 438 und 439 zurück, auf welche beide der §. 443 Bezug hat, ſo darf man nicht überſehen, daß es im erſten Paragraphen heißt: in ſo fern ſich der Product nicht zum Beweis anbietet, daß die Urkunde falſch oder verfälſcht ſei, und im zweiten Paragraphen, daß der Producent nunmehr den Beweis der Aechtheit zu übernehmen hat.

Dieſe Sätze, welche, wie es ſcheint, nicht gehörig ins Auge gefaßt werden, geben aber großen Aufſchluß darüber, warum im §. 443 dem Richter nicht vorgeſchrieben iſt, dem Producten und Producenten den Beweis unter Androhung des Ausſchluſſes aufzuerlegen.

Will der Product den Beweis der Falſchheit oder Verfälſchung der Urkunde führen, ſo muß er ſich in der Urkundenproductionstagfahrt ſelbſt dazu anbieten und der Richter hat ihm daher den Beweis hierüber nicht erſt aufzuerlegen und es fällt daher natürlicher Weiſe hiermit auch die Androhung eines Rechtsnachtheils von ſelbſt weg. Die Androhung eines Rechtsnachtheils iſt auch nicht nöthig, weil die Folge der Verſäumniß die iſt, welche der §. 438 beſtimmt, nämlich daß der öffentlichen Urkunde durch die bloße Behauptung der Falſchheit oder Verfälſchung, welche nicht bewieſen iſt, an ihrem Werth nichts genommen wird.

Was den Producenten betrifft, ſo hat zwar der §. 439 nicht vorgeſchrieben, daß er ſich zum Beweis anzubieten hat, allein auch in Bezug auf ihn kommt man dennoch auf das gleiche Reſultat wie beim Producten. Das Geſetz ſelbſt verknüpft im §. 439 mit der bloßen verneinenden Erklärung des Producten auf die Privaturkunden die Wirkung, daß er den Beweis zu übernehmen hat; die Wirkung beſteht alſo namentlich nicht darin, daß der Richter dem Producenten den Beweis erſt noch auferlegen muß; und auch hier iſt die Folge der Verſäumniß die, welche das Geſetz im §. 434 ausſpricht, nämlich, daß die Urkunde keine Beweiskraft hat; es iſt daher auch hier, wenn je der Richter noch eine Beweisauflage zu machen hätte, die Androhung eines Rechtsnachtheils nicht nöthig.

Der §. 443, welcher den Producten als Führer des Falſchheitsbeweiſes und den Producenten als Führer des Aechtheitsbeweiſes ganz gleichſtellt und auch die Ueberſchrift führt: „Verification der abgeleugneten Urkunden" hat alſo nichts weniger als den Zweck, den Beweis erſt aufzuerlegen, ſondern nur den, beiden Beweisführern Gelegenheit zu geben, ihre Beweiſe, die ſie ſtreng genommen nach §. 673 Nr. 1. verglichen mit §. 674 Nr. 3. ſogleich in der Urkundenproductionstagfahrt ohne weitere Beweisauflage anzutreten gehabt hätten, nachzubringen, indem man denſelben nicht zumuthen wollte und nicht konnte, daß ſie ſchon auf dasjenige vorbereitet ſeien, was ſie vor der Vorlage der Urſchriften oft gar nicht wiſſen können.

Man hat alſo Billigkeit gegen ſie eintreten laſſen und, wie der §. 443 deßhalb auch ausdrücklich ſagt, eine „eigene" Tagfahrt oder Friſt zur Verification fur ſie anordnen zu laſſen für gut gefunden. Es iſt daher wohl ebenſo ungeſetzlich, mit der Anordnung der Tagfahrt oder Friſt den Rechtsnachtheil des Ausſchluſſes anzudrohen, als

*) Will man nicht annehmen, daß die Tagfahrt für das mündliche und die Friſt für das ſchriftliche Verfahren berechnet iſt, ſo wird man unterſtellen dürfen, daß eben dem richterlichen Ermeſſen überlaſſen werden wollte, aus Gründen der Zweckmäſſigkeit die eine oder die andere zu wählen. D. R.

Digitized by Google

es ungegründet iſt, dem Geſetzgeber eine Inconſequenz oder Bequemlichkeit oder Mangelhaftigkeit in dieſem Punkt aufbürden zu wollen.

Man wird zwar fragend einwenden: was ſoll aber geſchehen, wenn die Tagfahrt oder Friſt verſäumt wird? — Allein auch hierauf hat der Geſetzgeber ſelbſt ſchon geantwortet.

Wie oben ſchon gezeigt iſt, gibt es Verſäumniſſe, welche nur die Folge haben, daß die Verhandlungen ihren gewöhnlichen Lauf fortgehen, wie wenn keine Auflage gemacht, keine Tagfahrt angeordnet oder keine Friſt feſtgeſetzt worden wäre; es können daher auch nicht auf alle und jede Verſäumniſſe Folgen ausgeſprochen werden; wo aber geſetzlich beſtimmte Folgen angedroht worden ſind, müſſen dieſe auch ausgeſprochen werden; jedoch geſchieht dieſes nach §. 654 nur auf Anrufen der Gegenpartei. Wo aber eine geſetzlich beſtimmte Folge nicht angedroht war, alſo keine Folge ausgeſprochen werden kann, wirft ſich obige Frage allerdings auf.

Da dem Säumigen nach §. 655 geſtattet iſt, das Verſäumte noch nachzuholen, ehe das Anrufen der Gegenpartei erfolgt iſt, ſo geht daraus hervor, das auf eine ſolche unbedrohte Verſäumniß die Verhandlungen auf ſich beruhen; erfolgt aber das Anrufen (auf Fortſetzung der Verhandlungen), ſo hat der Säumige nicht mehr das Recht, das Verſäumte nachzuholen, und es wird ohne Rückſicht auf das Verſäumte nach Lage der Verhandlungen das weitere Proceßordnungsmäſſige verfügt.

Zwar iſt der §. 655 der Pr.O. in Vergleichung mit dem §. 1153 ebenfalls bemängelt worden, weil es dort heißt: ehe der Ausſpruch des Verſäumungsnachtheils erfolgt iſt, kann das Verſäumte noch nachgeholt werden, während es hier heißt: ehe das Anrufen erfolgt. Allein im §. 1153 iſt die Rede von einem bedrohten Verſäumniß, wo ein Ausſpruch erfolgen muß, während der §. 655 genereller iſt, und ſich zugleich auch auf ſolche Verſäumniſſe bezieht, denen kein Rechtsnachtheil angedroht war. *) Es ſteht daher im §. 655 aus gutem Grunde „ehe das Anrufen erfolgt iſt.“

Iſt dieſes Anrufen vom Gegner des Falſchheits- oder Aechtheitsbeweisführers erfolgt, ſo kann der Beweis nicht mehr nachgebracht werden, wenigſtens in dieſer Inſtanz nicht mehr. Dietz.

III.

Kann ein Anwalt den Antrag ſtellen: daß wegen einer in einer Proceßſchrift des Gegentheils angeblich dem Unterrichter zugefügten Ehrenkränkung die fragliche Proceßſchrift dem Staatsanwalte zur Erhebung einer Ehrenkränkungsklage mitgetheilt werde? —

verneint vom Großherzoglichen Hofgericht des Unterrheinkreiſes.

Die Stelle der Beſchwerdeſchrift, welche zu dieſem Antrage Veranlaſſung gab, lautet folgender Maßen:

Der Beklagte iſt nicht nur durch das Urtheil, ſondern auch durch das amtliche Verfahren beſchwert, indem in das Protocoll vom 4. October 1845 aufgenommen wurde, er geſtehe zu, die 50,000 Stück Torf zu 2 fl. das Tauſend gekauft zu haben; während er nur zugeſtanden hat, dieſelben zu 1 fl. 45 kr. das Tauſend erkauft zu haben. Das war der Grund, warum er ſeine Unterſchrift verweigerte; nicht aber der angegebene, daß er erklärte, nichts ſchuldig zu ſein. Da indeſſen Beklagter weiß, wie ſchwer es iſt, mit ſolchen Beſchwerden gegen ein amtliches Protocoll aufzukommen, ſo will er dieſe Beſchwerde fallen laſſen und ſeine Beſchwerde gegen das Urtheil auf folgende neue Thatſache ſtützen u. ſ. w.

In der Appellationsvernehmlaſſung trug hierauf der Anwalt des Appellaten vor:

---

*) Wo einer Partei kein Rechtsnachtheil angedroht und anzudrohen war, da wird es auch von Seiten des Gegners keines Anrufens bedürfen, weil dieſes nur den Zweck haben kann, den richterlichen Ausſpruch des angedrohten Rechtsnachtheils zu veranlaſſen.

Daß der Richter keine Präjudicien ſchaffen oder aus Analogien ableiten, ſondern nur die vom Geſetz beſtimmten Rechtsnachtheile androhen darf, gilt für ausgemacht. Es kann folgeweis bei Anordnung der Tagfahrt oder Friſt des §. 443 kein Rechtsnachtheil angedroht werden, weil ein ſolcher im Geſetzbuch überall nicht beſtimmt iſt.

Daraus wird aber nicht folgen, daß im Fall der Unthätigkeit des beweispflichtigen Theils die Sache bis auf Anrufen der Gegenpartei zu beruhen habe. Denn iſt das Anrufen, wie ſchon bemerkt, vom Geſetz nicht vorgeſchrieben und darum auch vom Richter nicht abzuwarten, ſo muß der Letztere nach fruchtloſem Ablauf der Tagfahrt oder Friſt von Amtswegen verfahren und ohne weiteres nach Lage der Acten entſcheiden, ähnlich wie im Falle des Art. 7. der Proceßnovelle von 1837. D. R.

Digitized by Google

„Wenn aber der Beklagte ſich noch dadurch beſchwert erachtet, daß in das Protokoll vom 4. October 1845 aufgenommen worden ſei,

er geſtehe zu, die 50,000 Stück Torf zu 2 fl. das Tauſend gekauft zu haben —

während er nur zugeſtanden habe, den Torf zu 1 fl. 45 kr. für das Tauſend erkauft zu haben und wenn dann der Beklagte Appellant dieſe Beſchwerde deßwegen fallen läßt, weil er wiſſe, wie ſchwer es ſei, mit ſolchen Beſchwerden gegen ein amtliches Protokoll aufzukommen, ſo kann ich darin nichts anderes finden, als eine Verdächtigung des Richters erſter Inſtanz, wozu eine gewiſſe Partei im Lande ſchon längſt Materialien ſucht, um die Unparteilichkeit unſeres Richterſtandes zu verdächtigen, und das Vertrauen zu demſelben zu ſchwächen.

Die Behauptung des Beklagten, Appellanten, als habe der Unterrichter Etwas in das Protokoll aufgenommen, was er nicht zugeſtanden, ſcheint mir eine ſo grobe Injurie gegen das Großherzogliche Bezirksamt zu ſein, daß ich mich zu dem Antrage veranlaßt ſehe,

Ein hoher Gerichtshof wolle die von dem Beklagten, Appellanten, behauptete Thatſache zur Kenntniß des Großherzoglichen Staatsanwalts bringen, und demſelben überlaſſen, eine Klage wegen Injurien gegen Beklagten, Appellanten, zu erheben.

Das Großherzogliche Hofgericht verfügte hierauf unterm 23. Februar 1846. Nr. 2264. I. Civ. Sen.:

1)

2) Nachricht hievon dem appellatiſchen Anwalte mit dem Anfügen, daß ſeinem, der Form und dem Inhalte nach unſtatthaften Antrag, das Vorbringen des Beklagten über die Protokollirung ſeiner Vernehmlaſſung durch das Amt zur Kenntniß des Großherzoglichen Staatsanwaltes zu bringen, um demſelben Gelegenheit zur Erhebung einer Ehrenkränkungsklage gegen den Beklagten, Appellanten, zu geben, keine Folge gegeben werde. Eller.

Anmerkung der Redaction.

Wenn der Gerichtshof dem ſowohl nach Form als Inhalt unſtatthaften Antrags des appellatiſchen Anwalts keine Folge gab, ſo wurde er dabei ohne Zweifel von der Anſicht geleitet:

1) daß jener Anwalt nicht berufen ſei, ſich zum Vertheidiger der Ehre des Unterrichters aufzuwerfen, und einen darauf abzielenden Antrag bei dem Oberrichter, welchen er nur für ſeine Partei angeht, zu ſtellen. Es iſt nicht Sache des Obergerichts, irgendwie Ehrenkränkungsproceſſe zu veranlaſſen, welche in zweiter Inſtanz zu ſeiner Entſcheidung gelangen können. Das Obergericht könnte durch ſeine auf ſolche Weiſe pronuncirte Meinung leicht in eine ſchiefe Stellung gerathen.

Ehrenkränkungen und Verleumdungen ſollen nur auf Klage des Beleidigten, oder derjenigen, die ſtatt ſeiner zu klagen berechtigt ſind, beſtraft werden.

Jeder öffentliche Diener, der ſich beleidigt glaubt, und nicht ſelbſt, ſondern durch den Staatsanwalt klagen will, hat ſich an ſeine unmittelbar vorgeſetzte Dienſtbehörde zu wenden, welche den Staatsanwalt ſowohl in dieſem Fall, als auch ohne beſondern Antrag von Seiten des Beleidigten im Intereſſe des Dienſtes zur Erhebung der Klage veranlaſſen kann. Verordnung vom 10. Juli 1832. Regierungsblatt Nr. 39. Die unmittelbar vorgeſetzte Dienſtbehörde des angeblich beleidigten Richters wäre die betreffende Kreisregierung und nicht das Hofgericht geweſen. Die formelle Unſtatthaftigkeit obigen Antrags liegt demnach klar am Tage.

2) Die im Auszug angeführte Stelle der Beſchwerdeſchrift enthält übrigens keine Ehrenkränkung für den Beamten, da ihm nicht zum Vorwurf gemacht iſt, doloſerweiſe, oder mit wiſſentlicher Verletzung ſeiner Amtspflicht, die Erklärung des Beklagten anders aufgenommen zu haben, als ſie abgegeben wurde. Es konnte die Erklärung des Beklagten aus Irrthum oder Mißverſtändniß des Beamten, beziehungsweiſe ſeines Actuars unrichtig aufgefaßt und niedergeſchrieben worden ſein; wenigſtens iſt in der Beſchwerdeſchrift nicht das Gegentheil behauptet, und die Abſicht zu beleidigen, die doch zum Thatbeſtand der Ehrenkränkung gehört, jedenfalls problematiſch. Bei proceſſualiſchen Vorträgen muß die möglichſte Freiheit der Rede angenommen werden. Man darf z. B. einen Richter wegen Unfähigkeit oder beſorgter Befangenheit ablehnen, man darf ſeine Unparteilichkeit in Zweifel ziehen, man darf eine gerichtliche Handlung oder Entſcheidung als unrichtig und rechtswidrig darſtellen, oder als nichtig anfechten, ohne ſich nur im Geringſten einer Injurie ſchuldig zu machen, ſofern nicht die Form der gebrauchten Ausdrücke für ſich beleidigend iſt.

Der Antrag des appellatiſchen Anwalts war ſomit ſeinem Inhalte nach unbegründet. D. Red.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. **Nr. 14.** Karlsruhe den 4. April 1846.

I.

Kann die Wirkung des §. 10, lit. bb. des Strafedicts vom Jahre 1803, unter der Herrſchaft des neuen Strafgeſetzes, namentlich der §§. 244, 245 der neuen Strafproceßordnung, in den, vor Einführung dieſes neuen Geſetzes rechtskräftig entſchiedenen, Fällen noch fortbeſtehen?

Der §. 10 des Strafedicts hat für zwei Fälle, wenn nämlich das Verbrechen ohne Gehülfen nicht geſchehen konnte, und in dieſem Falle der völlig überwieſene Verbrecher dieſe, im andern Falle die von ihm erweislich auf die Seite geſchafften, zum Thatbeſtand gehörigen, Dinge nicht angeben will, die peinliche Frage beibehalten. Das Geſetz vom 25. November 1831 (Regbltt. Nr. XXX, Art. 1) hat ſie auch für dieſe Fälle abgeſchafft, und ſich beziehungsweiſe ſo beſtimmt ausgeſprochen, daß die Aufhebung eben nur auf die wirkliche peinliche Frage, in ſo weit ſie in dieſen beiden Fällen noch fort beſtand, keineswegs aber auf ein Surrogat derſelben, falls eine oder die andere Geſetzesbeſtimmung als ein ſolches betrachtet werden möchte, bezogen werden kann. Da, wo die peinliche Frage nicht ſtattfindet, oder vielmehr nicht ſtatt fand, iſt die Abſolution von der Inſtanz nicht ſchlechthin unbedingte Folge, ſondern der angerufene §. 10 unterſcheidet vorerſt: ob aus der Entlaſſung des Angeklagten Gefahr für die allgemeine Sicherheit, oder geſellſchaftliche Sittlichkeit zu befürchten iſt, oder nicht. Den Grund zu dieſer Befürchtung ſucht das Geſetz in der Art des in Frage ſtehenden Verbrechens, und zählt deren mehrere, jedoch mit dem Bemerken auf, daß dieſe vornehmlich hierher gehörten, und zieht ſomit, außer den aufgezählten, noch andere in ſeinen Kreis herein. Liegt eine ſolche Befürchtung vor, dann iſt der Angeklagte (auf den Beweis nämlich, der ſonſt nur zur Tortur berechtigte) zu verurtheilen, und zwar (als maximum) zur Hälfte jener Strafe, die ihn getroffen haben würde, wenn er des in Frage ſtehenden Verbrechens (nach dem Ausdruck des Geſetzes) rechtsbehörig überwieſen worden wäre. Das neue Strafgeſetz weiß nichts von einer ſolchen Beſtimmung, und die §§. 244, 245 der Strafproceßordnung kennen nur eine Verurtheilung oder Freiſprechung von der Anklage ſchlechtweg ohne alle Ausnahme. Es entſteht deßhalb die Frage: wie iſt die betreffende Beſtimmung des §. 10 des Strafedicts aufzufaſſen.

Nur drei mögliche Fälle ſind mir gedenkbar, die einer ſolchen Geſetzesbeſtimmung (jedoch immerhin einen höchſt lockeren) Grund und Boden gewähren können. Es iſt dieſe Beſtimmung entweder

1) lediglich ein materielles Surrogat der Tortur, von welcher ſie ſich hauptſächlich in Folgendem unterſcheidet. Die Geſetze haben die Dauer der Tortur nicht beſtimmt, die Praxis dagegen auf höchſtens eine Stunde beſchränkt, während das Surrogat auf eine Reihe von Jahren, je nach dem unterſtellten Verbrechen, ausgedehnt werden kann. Die Tortur bewirkte einen vorübergehenden körperlichen Schmerz, wogegen das Surrogat die Freiheit beraubt, und die Gefangenſchaft durch beſonders normirte Lebensweiſe noch nebenbei manches körperliche Leiden in ihrem Gefolge hat. Die Tortur hatte drei verſchiedene, auf die Größe der Qualen bezüglichen Grade, das Surrogat kennt die Detention im Zucht- und Arbeitshaus, je nachdem der (uneigentlich ſo genannte) Verbrecher eine ſonſt ſchon anrüchtige, oder aber noch unbeſcholtene Perſon iſt. Die (höchſtens in einer Stunde) überſtandene Tortur hatte die rechtliche Wirkung der unbe-

Digitized by Google

dingten Freiſprechung des Angeklagten, das Surrogat hingegen nach abgelaufener Detentionszeit, ſichert keineswegs gegen die Verurtheilung auch inzwiſchen neu ſich ergebene Beweiſe.

Gedachter §. 10 kann ſonach entweder auf dieſem Grunde beruhen, oder aber er hat

2) ein beſonderes Verbrechen geſchaffen, und — wie natürlich — dafür auch eine beſondere Strafe diktirt. Die Strafe an ſich folgt dem einmal geſchaffenen Verbrechen gleichzeitig auf der Ferſe nach, und bedarf um ſo weniger einer Beſprechung, als ſie ſo ziemlich unzweideutig und relativ beſtimmt ausgeſprochen iſt. Anders verhält es ſich mit dem Verbrechen ſelbſt. Das Corpus delicti hat wirklich höchſt ſeltſame Beſtandtheile, und ſein letzter Grund iſt Glück oder Unglück — welches zerbrechliche Fundament! Es iſt ein eigenes Verbrechen, wenn ein unſchuldig Angeklagter, oder vielmehr ein angeklagter Unſchuldiger das Unglück hat, durch zufällige Conjunction von Verhältniſſen und Umſtänden halb Wegs in die Nähe des objectiven Thatbeſtandes, und in den ſubjectigen Schatten der That geſtellt zu werden. Es iſt daſſelbe Verbrechen, wenn ein angeklagter Schuldiger das Glück hat zu ſehen, wie ſein Richter den Faden Ariadne's verliert, und aus dem Labyrinthe wieder heraus kaum das Tages Licht zu erreichen vermag. In Wahrheit beſteht dieſes Corpus delicti darin, daß der Schuldige nur halb unſchuldig, der Unſchuldige nur halb ſchuldig erſcheint — ein offenbares juste (beſſer aber injuste) milieu-Verbrechen.

Außer dieſen beiden Fällen läßt ſich

3) nur noch annehmen, daß die fragliche Beſtimmung rein prozeſſualiſcher Natur iſt, mit beſonderer Beziehung auf eine gewiſſe Klaſſe von Verbrechen.

Die poſitive Beweistheorie verlangt durchgehends vollſtändigen Beweis, und nur bei eben dieſen hierher gehörigen Verbrechen begnügt ſie ſich mit der Halbheit desſelben. So ſeltſam es iſt mit Rückſicht auf ein gewiſſes Verbrechen das unter denſelben Umſtänden als wahr anzunehmen, was man in Bezug auf ein anderes (dazu noch geringeres) Verbrechen als nicht erwieſen betrachtet, ſo tritt auch noch ein weiterer Umſtand hinzu, der die Phyſionomie noch myſteriöſer geſtaltet. Es iſt die Halbheit der Strafe, welche auf die Halbheit des Beweiſes fällt, als wenn, wie dieſer in ſeinen Erkennungsmitteln, ebenſo der Begriff von Wahrheit theilbar wäre, und dieſe wiederum in einem jeden Theilchen ihrer Begriffsform eben ſo ganz und vollſtändig läge, wie der Begriff von Strafe in einer jeden halben Stunde Gefängniſſes materiell vollkommen gefunden werden kann. Für dieſe Dinge einen vernünftigen Grund aufzuſuchen, will ich andern um ſo mehr überlaſſen, als es nicht zum Zwecke dieſes Aufſatzes gehört.

Der dritte gedenkbare Fall wäre ſonach der, daß dieſe Klaſſe von Verbrechen, in ſo weit nicht ein vollſtändiger Beweis vorliegt, nach einer beſonderen (ſtandrechtartigen) Beweistheorie zu bethätigen iſt, die man vielleicht eine Prevotalbeweistheorie nennen könnte.

Ein weiterer Fall zur Auffaſſung des gedachten §. 10 in der hier beſprochenen Beziehung ſcheint mir nicht vorhanden zu ſein, beſonders wenn jene, denen etwa die Verdächtigung einer Perſon, und die hieraus abgeleitete chimäriſche Befürchtung für die Geſellſchaft in das Auge ſtechen ſollte, bedenken, daß jener Verdächtigung ja eben auch ein Verbrechen zum Grunde liegen, ſie entweder an ſich ein ſolches, oder der Halbbeweis genügend für die juridiſche Wahrheit des angeſchuldigten Verbrechens ſein muß. Der erſte Fall iſt deßhalb ſchon unter Nr. 2 begriffen, während der andere sub Nr. 3 erledigt iſt.

Es entſteht nunmehr die weitere Frage: **wie verhält ſich das neue Strafſyſtem zu einem jeden dieſer drei Fälle?**

Gerecht ſeinem wahren Begriffe nach, iſt der Wille ſtrebend nach Rechtem, ſo fort immer etwas Subjektives. Der Begriff von Recht dagegen liegt in dem Uebereinſtimmen mit dem Normirenden, und iſt ſtetshin objektiv. Der oberſte Grundſatz für den Strafgeſetzgeber, ſowohl in Rückſicht der zu verbietenden Handlungen, als auch des richtigen Verhältniſſes zwiſchen der Rechtsverletzung, und dem ſie ausgleichenden Uebel, iſt eben die Gerechtigkeit als das Subjektive. Der Höhepunkt der Sittlichkeit und der geiſtigen Entwickelung des Staatslebens, iſt die Norm für das Uebereinzuſtimmende, als das Objektive, ſofort die Vorſchri t für das Strafgeſetz ſelbſt. In dem, von dieſem Geſichtspunkt aus als Recht, Erkannten concentrirt ſich, und muß ſich der Geſammtwille concentriren, wenn auch aus Mangel an Einſicht Tauſenden unbewußt, und gibt dem Strafgeſetz erſt ſeine eigentliche Unterlage, und den natürlichen Grund für die ſouveräne Herrſchaft.

Digitized by Google

Dieſes Recht zu erforſchen und geltend zu machen, iſt die (in ihrer conſequenten Durchführung zumal, unendlich ſchwere) Aufgabe des Strafgeſetzgebers. Das, was er auf ſolche Weiſe als Recht erkennt und zum Geſetze erhebt, muß von dieſem Augenblick an, in fortwirkender Gerechtigkeit, zur unbedingten und ebenſo ungetheilten Herrſchaft gelangen, ſofort das ihm Entgegenſtehende aufheben, weil das Bewußtſein der Fortdauer des mit der beſſeren Erkenntniß Unzuvereinigenden, der Gerechtigkeit des Geſetzgebers in der Wirkung des Rechten, widerſtreiten und den Rechtsſtaat (erkennbar) vernichten würde. Darum kann es auch in dem Strafrechte in dieſer Beziehung keine Rechtskraft der Erkenntniſſe geben; denn die Strafe muß ihre ganze Dauer hindurch, mit der Rechtseinſicht des Staates im Einklang ſtehen, ſie darf keine Minute in dem Bewußtſein des Geſetzgebers, eine ungerechte ſein. Daraus leiten ſich folgende Sätze ganz von ſelbſt ab: Jedes neue Strafgeſetz welches

a) Handlungen, in welchen das unmittelbar vorhergegangene Strafgeſetz ein beſtimmtes Verbrechen fand, mit keiner Strafe bedroht, oder

b) Verbrechen geringere Strafe androht, als die iſt, mit welcher das abrogirte Geſetz ſie belegt hatte,

macht es dem Staatsherrſcher zur Pflicht in dem Falle ad a die Strafe, in ſo weit ſie noch nicht vollzogen iſt, aufzuheben, und in dem Falle ad b das Strafübel auf das quantitative Maaß des neuen Geſetzes zu reduciren.

Hier haben wir es nur mit dem Falle ad a zu thun, welcher, wenn man den beſprochenen §. 10 des Strafedicts nach einem oder dem andern Falle sub Nr. 1 u. 2 auffaßt, unbedingt ſeine Anwendung finden, und die Verurtheilten, in wie weit ihre Strafe noch nicht conſumirt iſt, mit Eintritt der Geſetzeskraft, frei gegeben werden müßten; denn das neue Strafgeſetz kennt weder ein Surrogat für die peinliche Frage, noch findet es ein Verbrechen in dem Geruche eines Verbrechens. *)

Anders verhält es ſich dagegen mit dem Fall sub Nr. 3. Die Einführung einer neuen Verhandlungsmaxime und Beweistheorie, mag wohl auf der Erkenntniß des Beſſeren in Rückſicht auf Zweckmäßigkeit und allſeitige Garantie bei der Rechtsſuchung im einzelnen Falle beruhen; aber damit ändert ſich die formelle Wahrheit nicht, der in anderer Weiſe bereits gefundenen Erkenntniſſe. Dieſe formelle Wahrheit bleibt im Ganzen und unter allen Formen der Verhandlung ſtetshin materiell problematiſch, ſo daß die eine Form wohl mehr als die andere Garantie bieten, niemals aber das Gegentheil ausſchließende Gewißheit geben kann, was ſein müßte, um ihr gegenüber einen anderen Weg ſchlechthin zu verwerfen. Für die Wahrheit eines in Rechtskraft erwachſenen Straferkenntniſſes, rückſichtlich der zur Entſcheidung vorgelegenen Thatſachen, in Verbindung mit der Frage der Schuld und der Zumeſſung der Strafe ſtreitet eine irrevokable Vermuthung als Grundbedingung der Staatsordnung. Dieſe Vermuthung bildet nun eben die formelle Rechtskraft, während ein Straferkenntniß zu einer materiellen Rechtskraft niemals erwachſen kann. Ein neues Geſetz, wie oben gezeigt, und Thatſachen die nicht bei der Entſcheidung vorlagen, die ſich erſt ſpäter ergeben haben, können (und müſſen) ein ſelbſt ſchon zum Vollzug gekom-

*) Die im §. 10 des Strafedicts ſogenannte Verhaftung iſt nach der richtigeren Anſicht weder ein Surrogat der Tortur, noch eine außerordentliche Strafe, ſondern eine ſtaatspolizeiliche Sicherheitsmaaßregel,

von Hohnhorſt, Jahrb. V. Jahrg. S. 274. VI. Jahrg. S. 295 u. VII. Jahrg. S. 215.

Jahrbücher, Neue Folge, IV. Jahrg. S. 287 u. 454.

Annalen, VI. Jahrg. Nr. 30. S. 192 —

welche für die Zukunft hinwegfällt. Das neue Geſetz leidet aber auf bereits abgeurtheilte Fälle keine Anwendung, weil es nicht zurückwirkt. Doch ſollen die milderen Beſtimmungen deſſelben, nach §. 6. des E.E. in Bezug auf ſolche Verbrechen, die zwar vor ſeiner Promulgation begangen, aber noch nicht abgeurtheilt ſind, zur Anwendung gebracht werden. In den bereits rechtskräftig entſchiedenen Fällen hingegen kann nur die Gnade vermittelnd einſchreiten. Annalen I. Jahrg. Nr. 61. S. 369. Man erinnert ſich, daß nach der älteren Praxis der erſte Rückfall in den dritten Diebſtahl mit 4, der zweite mit 6 und der dritte mit 8 Jahr Zuchthaus beſtraft wurde u. ſ. w. Als jedoch die Gerichte anfingen, jeden Rückfall dieſer Art, falls nicht beſondere Umſtände einen Zuſatz motivirten, nur mit einer Zuchthausſtrafe von 2 Jahren zu belegen, wurden die nach der ſtrengeren Auslegung verurtheilten Diebe bis auf dasjenige Maaß, welches ſie in Folge der milderen Anſicht getroffen haben würde, zur Begnadigung vorgeſchlagen und auch — ſofern ihre Aufführung in der Anſtalt gut war — wirklich begnadigt. Aber kein Gericht hat ſich für ermächtigt gehalten, die einmal erkannte Strafe ſpäter von Rechtswegen herabzuſetzen. Die Detention dürfte nach denſelben Grundſätzen zu beurtheilen ſein. Vor der Hand haben wir jedoch abzuwarten, bis der Tag der Einführung des neuen Strafgeſetzbuchs durch Regierungs-Verordnung beſtimmt werden wird. D. R.

Digitized by Google

menes Urtheil ändern oder aufheben, da dieſes der formellen Rechtskraft nicht entgegenſteht. Aber eben darum kann eine geänderte Verhandlungsweiſe, weil ſie nur die formelle Wahrheit anſtrebt, rückwärts keine Geltung gewinnen. Wäre hiernach §. 10 des Strafedicts nach dem Fall sub Nr. 3 aufzufaſſen, dann könnte von einer Aufhebung der Strafe nicht geſprochen werden. Dr. Kreitler.

II.

Die Gant iſt im Fall des §. 814 Nr. 2 der Proceßordnung nicht von amtswegen für eröffnet zu erklären.

Obgleich ſich eine Praxis gebildet haben ſoll, nach welcher die Gant im Fall des §. 814 Nr. 2 von amtswegen für eröffnet zu erklären wäre, und obgleich in Weilers Motiven zur Proceßordnung dieſer Praxis einigermaßen das Wort geſprochen wird, ſo muß man doch aus mehrfachen und guten Gründen dieſer Praxis entgegentreten.

Mag auch in jenen Motiven die Sache von dem einen Geſichtspunkt aufgefaßt und hieraus Grund für die hier angefochtene Anſicht geſchöpft worden ſein, ſo dürfte ſich doch aus dem Folgenden zeigen, daß die Anſicht eine unrichtige iſt, abgeſehen davon, daß die Motive keine Geſetzeskraft erreichen, zumal wenn ſie mit dem Geſetz ſelbſt in Widerſpruch kommen.

Der §. 814 der Proceßordnung mit der Ueberſchrift: „Gründe zur Ganteröffnung" beſagt: Die Gant wird eröffnet:

1) wenn der Schuldner ſelbſt ſeine Vermögensunzulänglichkeit bei Gericht anzeigt, oder ſein Vermögen den Gläubigern abtritt;
2) wenn der Erbe die Erbſchaft wegen Ueberſchuldung ausſchlägt und kein anderer Erbe oder Erbfolger dieſelbe antritt.
3) ꝛc. 4) ꝛc.

Schon der L.R.S. 6 d. ſteht jeder Praxis entgegen, welche die Wirkſamkeit eines Geſetzes aufheben oder Rechte ſchaffen und abſchaffen will, und hier tritt die Praxis gegen die ausdrückliche Beſtimmung des §. 5 der Prozeßordnung auf, welche dem Richter verbietet, von amtswegen einzuſchreiten, ausgenommen, wo er durch die Geſetze angewieſen iſt.

Die hierauf gemachte Einwendung, daß der Richter gerade durch den §. 814 angewieſen ſei, von amtswegen einzuſchreiten, iſt aber nicht ſchwer zu widerlegen, ohne daß man darauf beſonderes Gewicht zu legen hat, daß der Ausdruck „von amtswegen" nicht gebraucht iſt.

Schon die Ueberſchrift des §. 814 kündigt an, was der Geſetzgeber in dieſem Paragraphen ſagen will; er führt nämlich die Fälle auf, wo Grund zur Eröffnung der Gant vorhanden iſt. Daß aber der Richter das bloße Vorhandenſein eines ſolchen Grundes auch zugleich als die Veranlaſſung zum Ausſpruch der Eröffnung der Gant d. h. zur Erlaſſung des Ganterkenntniſſes betrachten müſſe, das iſt nirgends vorgeſchrieben; und es würde auch zu den ſonderbarſten Folgen führen, wenn ſchon mit dem bloßen Vorhandenſein eines ſolchen Grundes die Pflicht für den Richter einträte, das Ganterkenntniß zu erlaſſen.

Um dieſer Pflicht nachkommen zu können, müßte er Jahr aus Jahr ein, bei Tag und Nacht in ſeinem Bezirk umher ſpüren, ob nicht einer jener Gründe irgendwo eingetreten iſt, um dann ſogleich Gant zu erkennen. Er müßte mit dem Amts-Reviſorat in unausgeſetzter Anfrage-Correſpondenz ſtehen, ob nicht ein ſolcher Fall ſich ereignet hat; ja er müßte noch weiter gehen, da er ſich von Allem ſelbſt überzeugen ſoll, und müßte ſich von jedem Todesfall in ſeinem Bezirk Notiz zu verſchaffen ſuchen, nach den Erben forſchen, die Erbſchaft unterſuchen, ob ſie verſchuldet iſt, und die Erben fragen, ob ſie antreten oder nicht. Alles dieſes und noch weit mehr müßte er thun, wenn man conſequent bei der Behauptung ſtehen bleiben wollte, daß die Erlaſſung des Ganterkenntniſſes von amtswegen zu geſchehen habe, ſobald der Erbe die Erbſchaft ausſchlägt.

Dieſe Behauptung in ihrer Allgemeinheit ſtellt ſich daher als unrichtig heraus, und man wird wenigſtens zugeben müſſen, daß der Richter auf irgend eine vorgeſchriebene Art von dem Vorhandenſein eines Grundes zur Erlaſſung des Ganterkenntniſſes in Kenntniß geſetzt werden muß.

Nach L.R.S. 784 ſoll zwar die Entſagung eines Erben auf der Kanzlei des Bezirksrichters eingetragen werden, und der Richter (wenn es gerade ein und dieſelbe Perſon des zuſtändigen Gantrichters iſt) erfährt hierdurch auf dienſtlichem Weg allerdings die Entſagung. Allein durch einen ſolchen Eintrag der Entſagung hat der Richter

Digitized by Google

weder Gewißheit, daß eine Ueberſchuldung wirklich vorhanden iſt, noch weiß er, ob nicht ein anderer Erbe oder Erbfolger antritt, und es wäre daher voreilig, auf den bloßen Eintrag hin ein Ganterkenntniß zu erlaſſen.

Dieſe Art, auf die der Richter zum Einſchreiten von amtswegen ſoll veranlaßt werden, iſt daher um ſo weniger geeignet, dem Zweck zu entſprechen, als mancher Erbe ſich vielleicht längere Zeit, vielleicht gar nicht zum Eintrag in's vorgeſchriebene Buch meldet, ſo daß der Grund zur Ganteröffnung ſchon lange vorhanden ſein kann, ohne daß ihn der Richter weiß.

Ebenſowenig kann aber auch eine bloße Vorlage der etwa vorhandenen Theilungsacten dem Richter die Veranlaſſung geben, das Ganterkenntniß zu erlaſſen, zumal dieſe Vorlagen oft ganz kurz und ohne alle Begründung geſchehen, ſo daß ſich der Richter alſo in der Lage ſehen würde, die Amtsreviſoratsacten förmlich zu ſtudieren, und erſt aus ihnen zu entnehmen, ob der Fall des §. 814 Nr. 2 vorhanden iſt. Der Richter müßte auch erwägen, ob die blos in den Theilungsacten abgegebene Erklärung der Ausſchlagung bereits in das vorgeſchriebene Buch eingetragen iſt oder nicht; und er müßte geeigneten Falls entweder jene einfach abgegebene Erklärung für ungenügend erklären, und die Theilungsacten wieder zurückgeben, oder aber den Erben zum Eintrag in's vorgeſchriebene Buch vorladen u. ſ. w.

Kurz auch hier gäbe es eine Menge von Inconſequenzen und Lagen, in welchen der Richter ſeiner Stellung gänzlich entrückt wird, und in welchen er ſich bedroht ſehen muß, durch einſeitiges Verfahren Schaden zuzufügen, und erſatzpflichtig zu werden, ſo daß man auch dieſen nirgends vorgeſchriebenen Veranlaſſungsgrund zum Einſchreiten nicht für geeignet erachten kann.

Ueberdieß aber wäre das bloße Vorhandenſein des Grundes zur Ganteröffnung nicht einmal allein ſchon der Wink für den Richter zum Einſchreiten, ſondern zunächſt das Schreiben des Amtsreviſorats.

Es wird ſich daher ſchon hieraus ergeben, daß der §. 814 keineswegs ein Einſchreiten von amtswegen vorſchreibt.

Zwar mag der Inhalt der Nr. 1 des §. 814 die Praxis mitunter verleitet haben, die Pflicht des Richters zur Erlaſſung des Ganterkenntniſſes auch ſchon beim Vorhandenſein eines der aufgeführten vier Fälle anzunehmen, weil es dort heißt: wenn der Schuldner ſelbſt ſeine Vermögensunzulänglichkeit bei Gericht anzeigt" — wo alſo die Vorausſetzung des §. 5 der Proceßordnung wirklich in ſo fern eintritt, als ein Betheiligter eine Anzeige macht.

Allein wenn in dieſem einzelnen Fall der Grund zur Eröffnung der Gant, nämlich die Anzeige der Vermögensunzulänglichkeit, auch zugleich als ein Antrag auf Erlaſſung des Ganterkenntniſſes betrachtet werden kann, ſo hat der §. 814 demungeachtet nur den Zweck, die Gründe zur Ganteröffnung aufzuzählen. Zwiſchen dem Satz „die Gant wird eröffnet" und zwiſchen dem (§. 821) „die Eröffnung der Gant wird ausgeſprochen", muß man wohl unterſcheiden. Die Gant kann nämlich eröffnet ſein, ohne daß die Eröffnung ſchon ausgeſprochen iſt. Damit, daß der Schuldner ſeine Vermögensunzulänglichkeit anzeigt, iſt aber weder die Ganteröffnung ſchon ausgeſprochen, noch die Gant als eröffnet anzuſehen, denn ſie gilt nach §. 823 erſt von da an für eröffnet, wo das Ganterkenntniß dem Schuldner bekannt gemacht worden iſt.

Hieraus ergibt ſich unzweifelhaft, daß der §. 814 keineswegs dem Richter auferlegt, die Gant und zwar von amtswegen für eröffnet zu erklären, d. h. das Ganterkenntniß zu erlaſſen.

Dieſes geht ferner noch daraus hervor, daß der §. 814 auch den Fall aufführt und ihn allen andern Fällen gleichſtellt, wenn nämlich der Schuldner ſein Vermögen den Gläubigern abtritt. Wenn auch dieſer Fall vorhanden iſt, ſo hat der Richter nicht das Recht oder die Pflicht, die Eröffnung der Gant auszuſprechen, ohne daß die Betheiligten beſonders darauf antragen. Deßwegen ſteht auch im L.R.S. 1269: „die rechtliche Vermögensabtretung gibt den Gläubigern nur das Recht, das Vermögen des Schuldners verganten zu laſſen.

Gerade aber weil es von den Gläubigern abhängt, das Vermögen verganten zu laſſen, oder nicht, hat der Richter weder das Recht, noch die Pflicht, von amtswegen die Ganteröffnung auszuſprechen und weil dieſer Fall allen übrigen im §. 814 gleichgeſtellt iſt, ohne daß für den Fall unter Nr. 2 etwas Anderes oder Weiteres beſtimmt wäre, zeigt ſich auf das Deutlichſte, daß der §. 814 das Einſchreiten des Richters von amtswegen und den Ausſpruch der Eröffnung der Gant von amtswegen ſo wenig hier, als dort gebieten konnte oder wollte.

Digitized by Google

Ganz deutlich ergibt ſich dieſes aus dem §. 821, welcher ausdrücklich *den Antrag eines oder mehrerer Gläubiger* vorausſetzt. *)

Die Praxis, welche ſich hierin anders gebildet hat, dürfte daher nur als ein ziemlich allgemein eingeſchlichenes, geſetzwidriges Verfahren erſcheinen, welches wieder aufzugeben iſt.

Der Unterzeichnete traut ſich nicht ſo viel Erfahrung zu, um das für alle vorkommende Fälle geeignete und einzuſchlagende Verfahren bezeichnen zu können und ſo glaubt er ſich daher darauf beſchränken zu müſſen, nur folgenden Andeutungen hier Raum zu geben.

Wenn

a) der Schuldner ſeine Vermögensunzulänglichkeit ſelbſt bei Gericht anzeigt, ſo wird er in der Regel auch die Abſicht haben, daß das Gantverfahren eingeleitet werde und er wird es daher auch meiſtens ſelbſt *beantragen*. Manchmal wird er aber auch nur das Vollſtreckungsverfahren zu hintertreiben ſuchen und es wird dann darauf ankommen, ob, wie es der §. 810 verlangt, mehrere Gläubiger mit getrennten Forderungen vorhanden ſind. Iſt Letzteres der Fall, ſo wird die Gant durch Erkenntniß für eröffnet erklärt.

b) Hat ein Schuldner ſein Vermögen den Gläubigern abgetreten, ſo nimmt der Richter ſo lange keine Notiz davon, bis ein oder mehrere Gläubiger den Antrag auf ein Ganterkenntniß ſtellen, welchem dann zu entſprechen iſt.

c) Wenn der Erbe die Erbſchaft wegen Ueberſchuldung ausſchlägt und kein anderer Erbe oder Erbfolger dieſelbe antritt, ſo können zwei verſchiedene Fälle eintreten. Entweder

aa. iſt von Seiten der Theilungsbehörde noch nichts geſchehen und es wird auch von keiner Seite, weder vom Erben, noch von den Betheiligten ein Antrag geſtellt, dann hat auch die richterliche Thätigkeit keine Veranlaſſung zum Einſchreiten.

Wird aber von den Betheiligten ein Antrag geſtellt, ſo geht dieſer

α) entweder dahin, einen Erbpfleger aufzuſtellen, was dann nach L.R.S. 812 zu geſchehen hat, oder

β) es wird nach der beantragten Aufſtellung eines Erbpflegers auch von den Gläubigern das Ganterkenntniß beantragt und dieſem Antrag nach §. 821 der Proceßordnung und folg. willfahrt.

Wird aber von den Gläubigern der Antrag nicht geſtellt, ſo bleibt es lediglich bei der beantragten Aufſtellung des Erbpflegers, welcher die *Verwaltung* der Maſſe zu beſorgen hat und die weitern Anträge ſind abzuwarten. Iſt aber

bb. die Theilungsbehörde bereits eingeſchritten, ſo hat dieſe nach L.R.S. 812 die Obliegenheit, die Aufſtellung eines Erbpflegers zu beantragen und nach Aufſtellung deſſelben iſt abermal der Antrag der Gläubiger auf Einleitung des Gantverfahrens abzuwarten. Wird die Aufſtellung eines Erbpflegers nicht begehrt, ſo unterbleibt dieſelbe bis ſie vom Amtsreviſorat oder den Betheiligten beantragt wird.

Immer aber muß die beantragte Aufſtellung eines Erbpflegers dem Antrag auf Ganterkenntniß vorausgehen, da dem aufgeſtellten Erbpfleger das Erkenntniß eröffnet werden muß.

Auch muß in allen Fällen der Antrag auf Ausſpruch der Ganteröffnung gehörig und vollſtändig *begründet* und daher das hierzu Erforderliche von den Gläubigern vorgetragen werden.

Hat die Eröffnung des Ganterkenntniſſes ſtattgefunden, ſo wird nach Vorſchrift des §. 825 weiter verfügt und das Amtsreviſorat wird die bereits gefertigte Vermögensaufnahme auf Verlangen vorlegen und der Erbpfleger wird zugleich die Stelle des proviſoriſchen Maſſepflegers verſehen.

d) In den Fällen unter Nr. 3 und 4 des §. 814 iſt es je nach Umſtänden, wie unter lit. c. zu halten. Nicht nur ungeeignet und für die Stellung des Gantrichters unangemeſſen, ſondern auch geradezu ungeſetzlich und geſetzwidrig iſt das Verfahren, wenn, wie es hie und da vorkömmt, im Fall des §. 814 Nr. 2 auf bloße Vorlage der desfallſigen Theilungs- oder Amtsreviſoratsacten das Gantverfahren von amtswegen eingeleitet, der Erbpfleger von amtswegen aufgeſtellt wird und wenn die bekannten Gläubiger vorgeladen werden, ohne daß von einem derſelben ein Antrag auf Ganterkenntniß geſtellt war.

Ebenſo tadelnswerth iſt es, wenn auf Vorlage jener Acten die Erben vom Richter vorgeladen werden, um

*) Auch die §§. 815 und 816 machen die Eröffnung der Gant von einem deßfallſigen Antrag der Gläubiger abhängig. Vergl. übrigens Stempf, Gantverfahren rc. §. 10.

D. R.

Digitized by Google

ihre Erklärung in das vorgeſchriebene Buch zu Protocoll zu geben, da dieſes aus freien Stücken von ihnen zu geſchehen hat.

Wenn es auch zu bedauern iſt, daß oft die Betheiligten das, was ſie zu thun haben, nicht wiſſen — wozu aber gerade das ungeſetzliche Verfahren und die verſchiedene Behandlungsart dieſes Gegenſtandes bei den Untergerichten und Amtsreviſoraten das Meiſte beiträgt — und wenn es daher auch am Platze iſt, wenn die Amtsreviſorate und Notare die Betheiligten belehren, ſo darf — falls dieſes nicht geſchieht und die Betheiligten ihr Intereſſe nicht ſelbſt wahren — hier eben ſo wenig, als in andern Fällen, eine Art richterlicher Vormundſchaft eintreten, die allenthalben verſchieden ausgeübt wird und die Betheiligten in ihrer Unwiſſenheit erhält und in ihrer Trägheit beſtärkt und zwar Alles auf Koſten des beſtehenden Rechts.

Dietz.

III.

Wirkung einer rechtskräftigen Entſcheidung, wodurch eine Negatorienklage abgewieſen wird.

In den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern $18^{43}/_{44}$ S. 305 und Annalen XII. S. 317. XIII. S. 288 iſt die Frage erörtert, welche Wirkung ein Urtheil habe, wodurch einer Negatorienklage *entſprochen* und dem Beklagten das angemaßte Dienſtbarkeitsrecht aberkannt wurde.

Umgekehrt hat ſich jüngſt die Frage erhoben, was ein Urtheil wirke, wodurch eine Negatorienklage *abgewieſen* wurde, ob dieſes Urtheil eine rechtskräftige Entſcheidung für den Beklagten enthalte, daß ihm das vom Kläger beſtrittene Dienſtbarkeitsrecht zuſtehe.

Im Jahr 1809 hatte nämlich eine Gemeinde gegen ihre Grundherrſchaft eine Negatorienklage auf Befreiung vom Handlohn bei Gutsübergängen erhoben und wurde damit abgewieſen mit Ausnahme einiger Uebergangsfälle, für welche ihre Freiheit ausgeſprochen wurde. Als ſpäter ein Gutserwerber den Handlohn verweigerte, klagte die Grundherrſchaft gegen ihn und ſtützte ihre Klage auf das *rechtskräftige Urtheil*, wodurch die Negatorienklage der Gemeinde als Geſammtheit der Gutsbeſitzer auf Befreiung vom Handlohn abgewieſen worden war, indem ſie behauptete, dieſe Abweiſung der Gemeinde beruhe darauf, weil die damals beklagte Grundherrſchaft ihre Handlohnsberechtigung dargethan habe und enthalte mithin die Entſcheidung, daß ihr dieſes Recht zuſtehe. Daß die Klage gerade deshalb und nicht aus proceſſualiſchen Gründen abgewieſen worden ſei, ergebe ſich daraus, daß im Urtheil gewiſſe Gutsübergangsfälle ausgenommen und vom Handlohn frei erklärt worden ſeien; denn dieß ſetze voraus, daß damals alle Handlohnsfälle geprüft wurden und für die nicht für begründet oder bewieſen erfundenen die Freiheit ausgeſprochen, für die nicht ausgenommenen aber die Verpflichtung feſtgeſetzt werden ſollte.

Der Unterrichter ging auf dieſe Anſicht ein und erkannte den beklagten Gutserwerber für ſchuldig den Handlohn zu entrichten. Allein das Hofgericht des Unterrheinkreiſes änderte dieſes Urtheil dahin ab, daß die Grundherrſchaft mit ihrer Klage abzuweiſen ſei.

Die *Entſcheidungsgründe* ſind folgende:

„Eine Klage bezweckt keine andere Folge, als daß ein Anſpruch des Klägers gegenüber dem Beklagten durch den Ausſpruch des Gerichts anerkannt oder falls dieß nach der Ueberzeugung des Gerichts nicht ſtatthaft wäre, die Klage verworfen, nicht aber daß zugleich dem Beklagten ein Recht zuerkannt werde. Ebenſo hat eine Einrede nur den Zweck, die Verwerfung der Klage zu bewirken, alſo der Vertheidigung, nicht aber dem Beklagten das der Einrede zu Grunde liegende Recht zuerkennen zu laſſen, ſofern er nicht widerklagend einen ſolchen poſitiven Ausſpruch über ſein Recht verlangt. Wird daher eine Klage verworfen, ſo iſt nur dem Kläger das behauptete Recht nicht zuerkannt und mag auch dieſe Verwerfung, die übrigens aus vielfachen Gründen erfolgen kann, auf den vom Beklagten entgegengeſetzten Einreden beruhen, ſo ſind doch letztere nur der *Grund* des Urtheils, nicht deſſen *Inhalt*. Der Beklagte kann daher aus der Abweiſung der Klage nur das Recht herleiten, daß dieſelbe Klage nicht nochmals gegen ihn erhoben werde (exceptio rei judicatae), nicht aber einen Urtheilsvollzug fordern oder ſeinerſeits eine Klage darauf gründen, weil ihm darin nichts *zuerkannt* iſt. Es iſt daher ein in der Natur der Sache gegründeter im alten wie im neuen Recht anerkannter Grundſatz, daß nur der ſiegreiche *Kläger* (oder Widerkläger) eine Klage auf Urtheilsvollzug (actio de judicato) anſtellen oder auf das Urtheil eine neue Klage gründen kann.

Im badiſchen Recht ergibt ſich dieß noch insbeſondere aus der Stellung der Grundſätze über die Rechtskraft, welche unter dem Abſchnitt von den *geſetzlichen Vermuthun-*

Digitized by Google

gen aufgeführt werden. Hiernach beſteht die Wirkung, welche das Geſetz der rechtskräftigen Entſcheidung beilegt, darin, daß der, zu deſſen Gunſten ſie ergangen iſt, die geſetzliche Vermuthung des Rechts für ſich hat und von allem Beweiſe befreit iſt. L. R. S. 1350 Abſ. 3. 1352. Sie vertritt die Stelle eines Rechtstitels. Daraus folgt aber, daß eine ſolche Entſcheidung als Grundlage einer ſpätern Klage nur von dem benutzt werden kann, welchem etwas zuerkannt worden iſt, daß dagegen der, welcher lediglich die Abweiſung des Gegners erwirkt hat, dieſe zwar der wiederholten Geltendmachung des nämlichen Anſpruchs entgenſetzen, nicht aber ein ſelbſtſtändiges Recht daraus ableiten kann.

Dies gilt insbeſondere auch von der Abweiſung einer Negatorienklage, mag man dieſe nach der richtigen Anſicht als Anſpruch der Freiheit des Eigenthums (partielle Vindikation), oder aber nach älterer Anſicht als Anfechtung beſtehender Belaſtungstitel anſehen.

Im erſtern Fall iſt es zwar richtig, daß der negirende Kläger gleichſam als Provokant den Beklagten zur Nachweiſung ſeiner Rechtstitel nöthigt und daß hinwider der Kläger, um dieſe Titel zu zerſtören, alle ſeine Repliken vorbringen muß, daß alſo, wenn gleichwohl die Klage abgewieſen wird, anzunehmen iſt, daß der Beklagte wirklich einen Titel dargethan und der Kläger denſelben nicht zerſtört hat, weil ohne dieſes ſeine Befreiungsklage (ſofern es nicht aus proceſſualiſchen Gründen geſchah) nicht hätte abgewieſen werden können. Allein dieſe richterliche Anerkennung des Titels iſt doch wieder nur der Grund des abweiſenden Urtheils, nicht der Inhalt (Ausſpruch) deſſelben, gerade wie wenn etwa auf den Grund der Einrede der Wettſchlagung die Klage abgewieſen wird, damit die Gegenforderung als beſtehend angenommen, aber dies im Urtheil nicht ausgeſprochen, ſondern nur als Motiv der Abweiſung benützt iſt. Nur alſo wenn der Negatorienbeklagte ſeinen Titel zugleich im Wege der Widerklage geltend macht und dadurch einen poſitiven Ausſpruch des Richters erwirkt, hat er eine geſetzliche den Titel vertretende Vermuthung zur Seite.

Ein ſolcher Ausſpruch zu Gunſten der Grundherrſchaft iſt aber in dem frühern Rechtsſtreit nicht verlangt worden und nicht erfolgt, auch in dem Umſtand, daß das Urtheil für gewiſſe Handlohnfälle Beſtimmungen enthält, nicht zu finden, da dieſe Beſtimmungen nur eine Modifikation der Abweiſung zu Gunſten der klagenden Gemeinde enthalten, alſo eine theilweiſe Befreiung derſelben ausſprechen, nicht aber der beklagten Grundherrſchaft ein Recht auf das Uebrige zuerkennen.

Im zweiten Fall, wenn die Negatorienklage nur die Anfechtung beſtehender Belaſtungstitel bezweckt, begründet die Abweiſung ſchon deshalb keine Judikatsklage für den Beklagten, weil durch die Abweiſung dieſes oder jenes Anfechtungsgrundes noch keineswegs das Beſtehen der Laſt anerkannt iſt, vielmehr dem Kläger noch andere Anfechtungsgründe zu Gebot ſtehen können, der Kläger aber nicht gezwungen iſt, alle ſeine Klaggründe auf einmal geltend zu machen. Dieſer Grund iſt beſonders für den vorliegenden Fall maaßgebend, da ſich aus den frühern hofgerichtlichen und oberhofgerichtlichen Vorträgen die Anſicht der damaligen Gerichtshöfe ergiebt, daß die klagende Gemeinde nicht ſowohl den unvordenklichen Beſitzſtand als einzigen Rechtstitel der beklagten Grundherrſchaft widerſprechen, als vielmehr dieſen Titel durch die Behauptung ſtattgehabten Zwangs anfechten wollte.

Da hiernach die rechtskräftige Entſcheidung überhaupt nicht zur Begründung der Klage geeignet iſt, ſo kommt es darauf, ob die ſonſtigen Erforderniſſe der Einheit der Perſonen, des Gegenſtandes und Grundes vorhanden ſind, nicht an und mußte daher das unterrichterliche Urtheil abgeändert werden wie geſchehen." F. P. Schmidt.

IV.

Falſchmünzen.

Iſt ein 30 kr. Stück eine grobe Münzſorte?

Die Bejahung dieſer Frage ergiebt ſich, wenn man auch von der neuern Münzconvention der ſüddeutſchen Staaten abſieht, ſchon aus den zur Zeit der Einführung des Strafedicts anerkannten Grundſätzen.

So wurde nach §. 153 des Reichsabſchiedes von 1566 und nach Beil. A §. 13 zum Reichsgutachten vom 23. Sept. 1669 der neuntels Reichsthaler, oder das Zehnkreuzerſtück, als die höchſte Scheidemünze angeſehen und nach dem Münzabſchiede zwiſchen den drei Kreiſen Franken, Baiern und Schwaben vom 6. Mai 1761 ad proponendum V, war die höchſte Scheidemünze ſogar noch geringer.

Vgl. Gerſtlachers Handbuch der deutſchen Reichsgeſetze Bd. IX. S. 1489. 1504. §. 1557.

Dieſe Anſicht wurde in Unterſuchungsſachen gegen Michael Sprecher von Unteröwisheim, wegen Falſchmünzen durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 13. Juni 1845 angenommen. Kirn.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. № 15. Karlsruhe den 11. April 1846.

I.

Criminalrechtsfall.

Tödtung und Verwundung durch Fahrläſſigkeit eines Locomotivführers.

Der Unfall, welcher ſich am Abende des 2. Januar l. J. auf der Eiſenbahn bei St. Ilgen ereignete, veranlaßte zunächſt eine dienſtpolizeiliche Unterſuchung, und da dieſe ſogleich die dringendſten Inzichten einer Verſchuldung gegen den Locomotivführer des Heidelberger Zugs, Lorenz Dewerth aus Peterſthal, ergab, ſo wurde gegen dieſen die gerichtliche Unterſuchung eröffnet, auf deren Grund das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreiſes unterm 31. März l. J. zu Recht erkannte:

„daß Lorenz Dewerth der ſchuldhaften Tödtung des Chriſtian Gröner von Weiler, und der ſchuldhaften Verwundung des Leopold Morlock von Durlach, Friedrich Schneehage von Mainfeld, Salamon Rund von Mannheim, Johann Georg Kammermayer von Regensburg, und Jakob Mall von Stein am Kocher ſchuldig zu erklären, und deßhalb zu einer Arbeitshausſtrafe von drei Jahren, ſowie zur Tragung der Kur-, Unterſuchungs- und Straferſtehungskoſten zu verurtheilen ſei.

Entſcheidungsgründe.

Am Abende des 2. Januar l. J. ſollte ſich auf der Großherzoglichen Eiſenbahn bei der Station St. Ilgen der von Freiburg kommende Zug mit dem von Mannheim kommenden in der Art kreuzen, daß der erſte das weſtliche Geleiſe oder die Ausweicheſpur, der letzte aber das gerade (öſtliche) Geleiſe zu befahren hatte. Der Freiburger Zug fuhr auch mit vorſchriftmäßig geminderter Schnelligkeit in die Ausweicheſpur ein; der Mannheimer Zug aber, ſtatt vor dem Stationshauſe zu halten, fuhr mit großer Geſchwindigkeit daran vorbei, und erreichte den andern Zug, als dieſer gerade in die obere Ausweichung eingefahren war. Es fand hier ein Zuſammenſtoß der beiden Züge Statt, durch welchen nicht nur das Transportmaterial ſtark beſchädigt, und theilweiſe zertrümmert, ſondern auch mehrfache Verletzungen von Perſonen veranlaßt wurden.

Nach den Erhebungen, welche unmittelbar nach dem Unfalle durch einen techniſchen Beamten an Ort und Stelle gemacht wurden, geſchah der Zuſammenſtoß, nachdem der Freiburger Zug ſchon die obere Excentrik paſſirt hatte, und die Locomotive deſſelben („Thomas Watt") nebſt Tender und den folgenden fünf Wagen ganz im Bogen ſtand. Die Locomotive des Mannheimer Zugs („Raſtatt") ſtieß mit der rechtſeitigen Kante ihres Pufferbretts gegen das Trottoir der Maſchine Watt, faßte dann den Tender, zertrümmerte die drei rechtſeitigen Achſenbüchſen, und warf den Tender mit den hintern und mittleren Rädern aus dem Geleiſe, verließ dann ſelbſt mit den vordern Rädern die Schienen, und erreichte, auf den Schwellen fortlaufend, den folgenden Viehwagen, der durch den Stoß der Maſchine und den Gegenſtoß des folgenden Perſonenwagens völlig zerdrückt wurde. Durch die Gewalt dieſes Stoßes wurde nun aber die Maſchine Raſtatt nebſt Tender vollends aus den Schienen geworfen, und wühlte ſich mit den linkſeitigen Rädern in die Dammböſchung ein. Aber der auf den Viehwagen geführte Stoß wirkte auch noch auf den nächſtfolgenden Perſonenwagen dritter Klaſſe in der Art fort, daß deſſen Obergeſtell gänzlich zerſtört, das Untergeſtell ſtark beſchädigt wurde. Die beiden folgenden Wagen wurden

Digitized by Google

ebenfalls nicht unbedeutend beſchädigt, jedoch nicht aus den Schienen geworfen; die vier letzten Wagen blieben unbeſchädigt.

In dem erwähnten Perſonenwagen dritter Klaſſe befanden ſich ungefähr ſechszehn Perſonen, von welchen folgende Zwölf verletzt wurden:

1) Die meiſten und ſtärkſten Verletzungen hatte der 25jährige Chriſtian Gröner von Weiler, der in Folge derſelben am dritten Tage nachher ſtarb. Bei der Section fand man die ganze untere Extremität vom Knie bis zum Knöchel brandig; unter dem Knie eine große Wunde, aus welcher eine bedeutende Parthie des Wadenmuskels heraushing; bedeutende Anſchwellungen des linken Oberſchenkels, und Blutunterlaufungen. Das rechte Schenkel- und Wadenbein waren zackig gebrochen, die Muskelparthie zermalmt, das Blut zwiſchen ſämmtliche Muskelſchichten ergoſſen, mehrere Muskeln, die arteria femoralis profunda, ſowie die gleichnamige Vene zerriſſen. So vielfache und bedeutende Verletzungen mußten den tödtlichen Brand herbeiführen, welchem der Verwundete, ungeachtet ſeiner jugendlich kräftigen Körperbeſchaffenheit und der ſorgſamſten Kunſthülfe, nothwendig unterlag. Seine Verletzungen werden daher von den Gerichtsärzten übereinſtimmend für abſolut tödtlich erklärt.

Schwere, jedoch nicht lebensgefährliche, Verletzungen erhielten:

2) Leopold Morlock von Durlach, 20 Jahre alt; ihm waren beide Unterſchenkel, und zwar das Waden- und Schienbein gebrochen, und dieſe Brüche mit Hauptwunden und Splittern complicirt.

3) Friedrich Schneehage aus Mainfeld, 20 Jahre alt, hatte einen Bruch des linken Oberſchenkels ohne Complication, eine Contuſion am rechten Oberſchenkel, und eine querlaufende Wunde an der vordern Seite des Hodenſacks.

4) Salomon Rund aus Mannheim, 27 Jahre alt, hatte einen Bruch des linken Waden- und Schienbeins mit Luxation des Fußes, ferner einen Bruch des innern Knöchels des Unterfußes.

Die unter Nr. 2—4 genannten Verletzungen erforderten abſolut nothwendig wundärztliche Hülfe; am Schluſſe der Unterſuchung (2. März) war die Heilung noch nicht ſo weit gediehen, daß ſich beſtimmt vorausſagen ließ, ob ſie mit oder ohne Zurücklaſſung bleibenden Schadens erfolgen werde.

Ferner wurden noch ſchwer verletzt:

5) Johann Georg Kammermayer aus Regensburg, 44 Jahre alt; derſelbe erlitt eine Luxation des rechten Oberarms im Schultergelenk, und eine Contuſion am linken Fußwurzelgelenk, außerdem mehrere Brandwunden durch Schwefelſäure.

6) Jakob Mall von Stein am Kocher, 24 Jahre alt, hatte mehrere durch Schwefelſäure verbrannte Stellen im Geſicht, eine Contuſion des Unterkiefers, und eine Quetſchung am linken Fuß.

Auch dieſe Verletzungen bedurften wundärztlicher Hülfe, wurden aber nach Verlauf von vier bis fünf Wochen vollſtändig geheilt.

Endlich erhielten leichte, der wundärztlichen Hülfe nicht bedürfende, und ohne Zurücklaſſung eines dauernden Schadens geheilte Verletzungen, meiſtens in Quetſchungen und Hautabſchürfungen beſtehend:

7) Chriſtian Finkbeiner aus Gutach, 51 Jahre alt;

8) Chriſtine Saam von Eppingen, 20 Jahre alt;

9) Thereſe Eſſig von Bulach, 30 Jahre alt;

10) Joſeph Huber aus Großweiher, 33 Jahre alt;

11) der Conducteur Pirnin Weltin aus Reichenau, 33 Jahre alt;

12) Eliſabeth Müller von Neckarelz, 28 Jahre alt.

Sämmtliche Verletzungen, mit Ausnahme der Verbrennungen durch Schwefelſäure, wovon der genannte Kammermayer etwa 2½ Pfund in zwei ſteinernen Krügen mit ſich geführt hatte, trugen das Gepräge der heftigen und gewaltſamen Einwirkung ſtumpfer Körper, und ſind nach dem gerichtsärztlichen Ausſpruche als Folgen des Stoßes und Druckes, mit welchem die Zertrümmerung des Perſonenwagens verbunden war, anzuſehen.

Ueber die Art, wie der Zuſammenſtoß der beiden Bahnzüge mit ſeinen unheilvollen Wirkungen herbeigeführt wurde, hat die Unterſuchung Folgendes ermittelt.

Zunächſt ſtellte ſich als unzweifelhaft heraus, daß die Urſache dieſes Unfalls nicht in einer mangelhaften Beſchaffenheit der Bahn oder des Transportmaterials lag.

Daß die Bahn ſich in vollkommen ordnungsmäßigem Zuſtande befand, und die Ausweichungen richtig geſtellt waren, iſt durch die Ausſage des ſtellvertretenden Bahnwärters Chriſtoph Braun, wie durch den Erfolg und

die unmittelbar nach dem Unfalle vorgenommene Unterſuchung der Bahn erwieſen, auch von dem Angeſchuldigten zugeſtanden. Ebenſo geſteht derſelbe zu, daß das Transportmaterial ſich in gutem Zuſtande befand; nebſtdem bezeugt Werkmeiſter Wohnlich, daß er die Maſchine Kanat am Nachmittage des 2. Januar während des Stationirens im Heidelberger Bahnhofe unterſucht, und das Werk derſelben, ſowie den Tender in Ordnung gefunden habe; die ordnungsmäßige Beſchaffenheit der Tenderbremſe iſt durch die eidliche Ausſage des Heizers Laudelin Singler und durch die techniſche Unterſuchung des Bahningenieurs Bürklin erwieſen; dasſelbe wird hinſichtlich der Wagenbremſen durch die eidlichen Ausſagen des Wagenmeiſters Johann Hafner und des Conducteurs Johann Joſeph Bierling dargethan.

Der Angeſchuldigte hatte anfänglich behauptet, die Tenderbremſe habe ihren Dienſt verſagt, ſpäter, die Stange der Bremſe ſei gebrochen; allein auf näheren Vorhalt der Ergebniſſe des techniſchen Erfunds und der Zeugenausſagen erklärte er, er habe nur *vermuthet*, daß die Bremſe während des Fahrens gebrochen ſei, weil, wenn dieſelbe recht gewirkt hätte, der Zuſammenſtoß vermieden worden wäre. Er gab dann ausdrücklich zu, daß die Urſache des letztern weder in der Beſchaffenheit der Bahn, noch im Transportmateriale lag.

Die Urſache lag vielmehr ausſchließlich in einer Verſchuldung des Angeſchuldigten Dewerth, welcher die Locomotive Raſtatt führte.

Zur Beurtheilung dieſes Verſchuldens ſind vorerſt diejenigen dienſtlichen Vorſchriften ins Auge zu faſſen, welche den Locomotivführern durch die von der Großherzoglichen Direction der Poſten und Eiſenbahnen im October 1845 erlaſſene Inſtruktion gegeben ſind, und welche, ſo weit ſie hier einſchlagen,

1) das Fahren auf der Bahn von einer Station zur andern,
2) die zu beobachtenden Sicherheitsmaßregeln in Bezug auf das Anhalten,
3) das Einfahren in die Ausweichſtationen und das Fahren innerhalb derſelben

betreffen.

Zu 1 ſchreibt §. 23 der Inſtruktion vor, daß die Locomotivführer nicht allein die vorgeſchriebenen Fahrzeiten, ſondern auch *eine möglichſt gleichförmige Geſchwindigkeit* einhalten ſollen.

Zu 2. Zur Erwirkung ſicheren und rechtzeitigen Anhaltens bei den Stationsplätzen iſt den Locomotivführern vorgeſchrieben, in gewiſſer Entfernung von denſelben dem übrigen Dienſtperſonale beſtimmte Signale mit der Dampfpfeife zu geben, um deſſen Aufmerkſamkeit zu ſchärfen, und dasſelbe zum Anziehen der Bremſen zu veranlaſſen, ſodann aber zur Ermäßigung der Geſchwindigkeit den Dampf zu gehöriger Zeit abzuſperren. In vorliegendem Falle mußte der Locomotivführer das erſte Signal bei dem Bahnwarthäuschen Nr. 32, welches von der untern Excentrik in St. Ilgen 2970 Fuß entfernt iſt, geben. Eine beſtimmte Stelle, an welcher er den Dampf abzuſperren hatte, war ihm zwar nicht vorgeſchrieben, aber durch §. 15 der Inſtruktion war ihm zur Pflicht gemacht, beſondere Sorgfalt auf das Anhalten zu verwenden, und genau den Zeitpunkt zu treffen, wann (mit Berückſichtigung der Belaſtung des Zugs, der Steigung oder des Gefälls an der betreffenden Stelle) der Dampf abgeſchloſſen werden mußte.

Zu 3. Das Einfahren in die Ausweichungsſtationen ſoll nach §. 19 der Inſtruktion mit ſolcher Vorſicht und ſo langſam geſchehen, daß nöthigenfalls durch alleiniges Anziehen der Tenderbremſe *vor* der betreffenden Ausweichung angehalten werden kann. Die höchſte erlaubte Geſchwindigkeit des Fahrens in Bahnhöfen iſt durch §. 23 der Inſtruktion auf 600 Fuß per Minute beſtimmt.

Alle dieſe Vorſchriften ſind nun an ſich rein dienſtpolizeilicher Natur, mithin unterliegt auch ihre Verletzung, wenn ſie ohne weitere Folgen bleibt, allein der dienſtpolizeilichen Ahndung. Allein wenn durch ihre Verletzung oder Vernachläſſigung von Seite eines Bedienſteten ein geſetzwidriger Erfolg herbeigeführt wird, ſo kommen jene Vorſchriften auch bei der gerichtlichen Beurtheilung in Betracht, inſofern dadurch jenes beſondere und höhere Maaß der von ihm anzuwendenden Vorſicht und Sorgfalt beſtimmt, und damit auch ein Maaßſtab zur Beurtheilung des Grades ſeiner Verſchuldung gegeben wird.

Der Angeſchuldigte hat aber nicht bloß eine oder die andere dieſer Vorſchriften, ſondern er hat ſie alle verletzt; und es zeigt ſich deutlich, wie eine Ordnungswidrigkeit die andere nach ſich gezogen hat, und wie alle

Digitized by Google

in unmittelbarer Verbindung zuſammenwirkten, um den unglücklichen Erfolg herbeizuführen.

Derſelbe hat ſchon der erſten Vorſchrift, wonach er eine *gleichförmige* Geſchwindigkeit einhalten ſollte, zuwider gehandelt. Nach der Ausſage des Zugmeiſters Baier, des Heizers Singler, des Wagenwärters Hafner, des Conducteurs Vierling und des Tenderwächters Jahraus, fuhr derſelbe von Heidelberg bis Kirchheim mit der gewöhnlichen Schnelligkeit, von da an aber, wie ſich die Zeugen ausdrücken, mit einer unſinnigen Schnelligkeit, wie ſie ihnen noch nie vorgekommen war. Zur Entſchuldigung dieſer Unregelmäßigkeit gab der Angeſchuldigte vor, ſeine Maſchine habe bei der Abfahrt zu wenig Dampf gehabt, weßhalb er ſich bis Kirchheim um 6 Minuten verſpätet und dieſe Zeit dann durch größere Geſchwindigkeit wieder einzubringen geſucht habe. Später gab er nur an, er habe ſich bis Kirchheim *etwas* verſpätet, und bezeichnete zuletzt ausdrücklich *zwei* Minuten als verſäumt. Allein dieſe Entſchuldigung iſt ebenſo unglaublich, als unerheblich. Unglaublich iſt ſie, weil nach der Ausſage des Heizers Singler immer hinreichende Dampfmenge vorhanden war, weil nach den vorerwähnten Zeugenausſagen von Heidelberg bis Kirchheim mit gewöhnlicher Schnelligkeit gefahren wurde, alſo eine ſo bedeutende Verſäumniß auf einer ſo kurzen Strecke — die mittlere Fahrzeit von Heidelberg bis St. Ilgen beträgt 14 Minuten — nicht wohl möglich war. Der Heizer Singler gibt an, Dewerth habe vor dem Bahnhofe die Uhr aus der Taſche gezogen und geſagt: „wir ſind um 6 Minuten zurück;" wenn dieſe Aeußerung richtig iſt, ſo zeugt ſie von einer auffallenden Verwirrtheit des Dewerth, da derſelbe unmittelbar vor der Abfahrt den Zugführer Baier um die Zeit gefragt hatte und nach dieſes wie mehrerer andern Zeugen Ausſage und nach ſeinem eigenen Geſtändniſſe ganz genau zur richtigen Zeit (6 Uhr 20 Minuten) abgefahren war. Unerheblich iſt jene Entſchuldigung, weil es nach §. 12 der Inſtruktion ſeine Pflicht war, vor der Abfahrt zu unterſuchen, ob ſeine Maſchine mit dem nöthigen Vorrathe an Waſſer und Brennmaterial verſehen ſei und ob der Dampf die gehörige Spannung erreicht habe, weil mithin ein etwaiger Mangel hieran auf ſeine Verantwortung fallen würde; ſodann aber, weil derſelbe, auch wenn er etwas in Rückſtand geweſen wäre, nicht befugt war, eine übermäßige Geſchwindigkeit anzunehmen, welche, wie er wiſſen mußte, den Zug in Gefahr bringen konnte. Jenes außerordentlich ſchnelle Fahren iſt daher in keiner Weiſe entſchuldigt, und es iſt daſſelbe inſofern eine Miturſache des Zuſammenſtoßes, als es in Verbindung mit der Unterlaſſung der Sicherheitsmaßregeln bewirkte, daß der Zug nicht rechtzeitig zum Stillſtande gebracht werden konnte.

Der Angeſchuldigte hat aber auch die Sicherheitsmaßregeln unterlaſſen, welche in Bezug auf das Anhalten bei Stationen vorgeſchrieben ſind. Denn während er das Signal „Achtung" ſchon an dem Bahnwarthäuschen Nr. 32, 2970 Fuß vor der untern Excentrik, hätte geben ſollen, gab er daſſelbe nach übereinſtimmender Ausſage der Zeugen Singler, Baier, König, Hafner, Vierling, Braun, ſo wie der auf dem andern Zuge befindlichen Bedienſteten Wetz und Lehmann, und nach eigenem Geſtändniſſe erſt, nachdem er dieſe Excentrik paſſirt hatte und ſich ganz nahe bei dem Stationshäuschen befand, und auch dieſes Signal war nach der Bemerkung mehrerer Zeugen ganz undeutlich. Ebenſo hat derſelbe den Dampf nicht zur rechten Zeit abgeſperrt. Zwar hat der Heizer Singler, ſeiner eidlichen Verſicherung zufolge, ohne das Zeichen abzuwarten, gleich nach Ueberſchreitung der Ausweichung die Tenderbremſe ſtark angezogen, und auch der Zuſtand, in welchem dieſelbe nach dem Zuſammenſtoßen gefunden wurde, beſtätigt dieß; ebenſo verſichern Wagenwärter Hafner und Conducteur Vierling, daß ſie, ohne das Zeichen abzuwarten, ihre Wagenbremſen kräftig angezogen hätten; allein dieſe Mittel konnten bei der außerordentlichen Schnelligkeit, mit welcher der Zug ſich bewegte, nicht wirken. Der Heizer Singler verſichert ferner, daß Dewerth bei der Ausweichung den Dampf abgeſperrt, und bei der Ankunft am Stationshauſe reverſirt, d. h. den Dampf zum Rückwärtsfahren zugelaſſen habe; allein dieſe Mittel waren, wie der Erfolg gezeigt hat, zu ſpät angewendet, um den Zuſammenſtoß mit dem entgegen kommenden Zuge verhindern zu können.

So kam es denn, daß auch die Vorſchrift über die Schnelligkeit des Einfahrens in eine Ausweicheſtation nicht beobachtet wurde, daß der Angeſchuldigte vielmehr mit einer Geſchwindigkeit in die Station einfuhr, welche nach Ausſage der Zeugen König, Lehmann, Glaſer und Anderer die auf der geraden Fahrt zwiſchen zwei Stationen erlaubte mittlere Fahrgeſchwindigkeit übertraf.

Digitized by Google

Der Angeſchuldigte ſuchte ſein Benehmen auf folgende Weiſe zu entſchuldigen:

Er ſei erſt ſeit Neujahr als Führer zu Perſonenzügen zugetheilt worden, und habe am 2. Januar zum erſtenmale jene Stelle bei Nachtzeit paſſirt; früher habe er immer den Güterzug geführt und dabei die Station St. Ilgen bei Nachtzeit und ohne anzuhalten paſſirt; er ſei daher mit den aufgeſtellten Signalen noch nicht ganz vertraut und der Meinung geweſen, es ſtehe an dem auf der rechten Seite befindlichen Bahnwärterhäuschen eine Laterne. Früher ſei auch immer eine ſolche dort geſtanden, nach Errichtung der Ausweicheſtation in St. Ilgen aber ſei dieſelbe von da weg und nach der unteren Excentrik verlegt worden, und davon habe er nichts erfahren. Er habe ſich nun auf jenes Signal am Bahnwarthäuschen verlaſſen, aber weder ein Signal, noch dieſes Häuschen geſehen, weil es ganz dunkel geweſen; und während er ſich nach der rechten Seite deßhalb umgeſehen habe, ſei ihm von der linken der ſchwache Schein eines Lichts in die Augen gefallen, er ſei dadurch verwirrt geworden und erſchrocken, weil er gleich gedacht habe, daß nun ſchon die Excentrik paſſirt ſei, und habe dann ſo ſchnell wie möglich den Dampf abgeſchloſſen, das Zeichen zum Bremſen gegeben und die Maſchine rückwärts gehen laſſen. Die Laternen an der Excentrik und an der Station hätten äußerſt ſchlecht gebrannt; es könne aber auch ſein, daß ſie hell gebrannt hätten, und daß er durch das öftere Schauen in das Schürloch geblendet geweſen ſei, und ſie darum nicht geſehen habe. Hauptſächlich aber habe ihn das Fehlen des erwarteten Signals an dem Bahnwartshäuschen in Verwirrung, und die plötzliche Wahrnehmung der Ausweichung in den größten Schrecken verſetzt, den entgegen kommenden Zug habe er erſt bei der Ausweichung bemerkt, und er habe dann alle Mittel angewendet, um ſeinen Zug in Stillſtand zu bringen.

Von dem Werkmeiſter Wohnlich in Heidelberg, ſowie von dem Eiſenbahnamtsvorſtand Eberlin und dem Bahningenieur Bürklin daſelbſt wird beſtätigt, daß Dewerth erſt am 1. Januar l. J. dem Perſonenzug wieder zugetheilt wurde, und am 2. d. M. zum erſten Male einen ſolchen Zug bei Nachtzeit von Heidelberg nach Karlsruhe zu führen hatte. Seit dem 1. October v. J. habe derſelbe den Güterzug geführt, welcher nie in St. Ilgen angehalten habe, und bei welchem, wenn er bei Nacht an St. Ilgen vorüber fuhr, der Bahnwärter Nr. 32 mit der Laterne nicht an der Excentrik, ſondern an ſeiner Wachtſtation geſtanden ſei. Ferner wird von dem Eiſenbahnamte Heidelberg beſtätigt, daß die Kreuzung der Züge in St. Ilgen erſt ſeit dem 15. October v. J. Statt finde, daß vorher die Station Nr. 32 immer beleuchtet geweſen, und erſt ſeitdem die Leuchte an die untere Excentrik, welche der Bahnwärter Nr. 32 zu bedienen gehabt, verlegt worden ſei.

Was dagegen den Zuſtand der an der untern Excentrik befindlichen Laterne betrifft, ſo wird von den Zeugen Hafner, Bierling und Braun verſichert, daß ſolche ganz hell gebrannt habe. Auch war damals der Himmel zwar umwölkt, aber doch ſo helle, daß man die neben der Bahn befindlichen Gegenſtände wohl erkennen konnte, wie von verſchiedenen Seiten bezeugt wird. Den von Wiesloch kommenden Zug erkannten endlich mehrere Perſonen an den vorne befindlichen rothen Signalen ſchon aus großer Entfernung.

Die angeführten Umſtände ſind nicht geeignet, das Verhalten des Inculpaten zu entſchuldigen. Er war bei Uebernahme ſeines Dienſtes bei den Perſonenzügen verbunden, ſich mit allen, dieſen Dienſtzweig betreffenden Vorſchriften und Einrichtungen, und insbeſondere mit den, die Kreuzung der Züge betreffenden, auf das Genaueſte bekannt zu machen, und es war eine grobe Nachläſſigkeit, wenn er dieß unterließ, in der Vorausſetzung, daß bei den Perſonenzügen dieſelben Einrichtungen, namentlich Signale, beſtünden, wie bei den Güterzügen. War er aber auch durch das Fehlen des erwarteten Signals am Bahnwärterhäuschen irre geworden, ſo hätte ihn dieß nur beſtimmen müſſen, deſto vorſichtiger und langſamer zu fahren. Ueberdieß hätte er, wenn er gemäß §. 16 der Inſtruction die vor ihm liegende Bahn genau im Auge gehabt, auch die an der untern Exentrik und dem Stationshauſe befindlichen, erwieſenermaaßen hell brennenden, Laternen und den entgegen kommenden Zug ſehen, ſchlimmſten Falls aber, da die Nacht nicht ganz finſter war, ſich auch ohne die Signale über die Oertlichkeit orientiren, oder die Stelle, an der er ſich befand, durch Vergleichung der zurückgelegten mit der vorgeſchriebenen Fahrzeit wenigſtens annähernd berechnen können. Wenn es hiernach dem Angeſchuldigten bei Anwendung pflichtmäßiger Aufmerkſamkeit und Vorſicht mög-

Digitized by Google

lich war, die Annäherung an die Station wahrzunehmen, und durch rechtzeitige Anwendung der vorgeſchriebenen Mittel den Zug zum Stillſtehen zu bringen, ſomit aber den Zuſammenſtoß mit dem andern Zuge abzuwenden, ſo kann dieſes Ereigniß nicht als reiner Unglücksfall oder als Folge eines unverſchuldeten Irrthums angeſehen, es muß vielmehr dem Angeſchuldigten zur Schuld zugerechnet werden.

Was die Art der Zurechnung betrifft, ſo iſt ein vorſätzliches Handeln des Angeſchuldigten nicht anzunehmen. Zwar iſt in dieſer Beziehung eine Aeußerung auffallend, welche derſelbe am 1. Januar, alſo gerade am Tage vor dem Unfalle, gethan hat. Er beklagte ſich nämlich bei Werkmeiſter Trute und Zugmeiſter Wolf, daß er mit der Maſchine Raſtatt nichts am Heizungsmaterial erſparen und folglich (da dieſe Erſparniſſe zu Remunerationen verwendet werden) nichts verdienen könne, und bemerkte dann, wenn er nicht bald eine andere Maſchine bekomme, ſo werde er dieſen Kaſten in die Luft ſprengen. Die Zeugen ſelbſt hielten dieſe Aeußerung nur für Scherz, der Angeſchuldigte ſtellt ſie in Abrede. Der Vorſatz, die Locomotive Raſtatt durch Herbeiführung eines Zuſammenſtoßes zu vernichten, wäre, inſofern dabei zunächſt das eigne Leben des Angeſchuldigten auf das Spiel geſetzt würde, ſo unſinnig, und inſofern dadurch das Leben ſo vieler anderer Perſonen gefährdet würde, ſo überaus ruchlos, daß er nur beim Daſein unzweifelhafter Beweiſe als vorhanden angenommen werden könnte. In Ermanglung ſolcher muß daher jene Aeußerung der Unzufriedenheit mit der Maſchine Raſtatt als leere, nicht ernſtliche, Drohung angeſehen werden.

Fehlt es hiernach an Gründen zur Annahme eines verbrecheriſchen Vorſatzes, ſo liegen dagegen alle Merkmale einer groben Fahrläſſigkeit vor. Denn

1) des Angeſchuldigten Handeln ſowohl als ſein Unterlaſſen, nämlich die Anwendung einer übermäßigen, inſtructionswidrigen Fahrgeſchwindigkeit und die Verſäumung der nöthigen Mittel zur Erwirkung des rechtzeitigen Anhaltens, iſt die unmittelbare Urſache der eingetretenen Rechtsverletzungen, der Tödtung einer Perſon und der Verwundung mehrerer andern. Sein ganzes Verhalten auf der Fahrt von Heidelberg bis St. Ilgen bietet eine fortgeſezte Reihe von ſich gegenſeitig bedingenden Ordnungswidrigkeiten dar, welche mit dem eingetretenen Erfolge in direktem und nothwendigem Cauſalzuſammenhange ſtehen.

2) Der Angeſchuldigte konnte und mußte dieſen Erfolg, nach allgemeiner Erfahrung wie nach ſeiner beſondern Kenntniß, nicht nur als möglich und wahrſcheinlich, ſondern als nothwendig vorausſehen. Er wußte, daß ihm auf der Station St. Ilgen der von Karlsruhe kommende Zug begegnen werde, und daß er demſelben dort auszuweichen habe, er mußte daher auch wiſſen, daß, wenn er nicht vor der Station anhalte, nothwendig beide Züge zuſammentreffen würden und daß dieſes Zuſammentreffen die zerſtörendſte Wirkung für die Züge und die darauf befindlichen Perſonen hervorbringen müſſe; die Geiſtesgegenwart des auf der Locomotive „Watt“ ſtehenden Führers, der noch ſo ſchnell als möglich in die Ausweicheſpur einlenkte, hat allein den direkten Zuſammenſtoß der Züge und damit ein noch viel größeres Unglück, als das eingetretene, verhütet. Dem Angeſchuldigten war es aber auch

3) möglich, bei Anwendung pflichtmäßiger Aufmerkſamkeit und Sorgfalt den eingetretenen Erfolg zu vermeiden. Denn er hatte die Bewegung der Locomotive ganz in ſeiner Gewalt und hätte ſie daher bei Beobachtung der vorgeſchriebenen Sicherheitsmaaßregeln rechtzeitig zum Stillſtehen bringen können; die Unterlaſſung dieſer Maaßregeln iſt, wie ſchon oben ausgeführt wurde, in keiner Weiſe entſchuldigt.

Hiernach unterliegt es keinem Zweifel, daß dem Angeſchuldigten grobe Unbeſonnenheit und Sorgloſigkeit, mithin ſtrafbare Fahrläſſigkeit zur Laſt fällt.

Der Grad der Strafbarkeit wird einerſeits durch die objektive Gefährlichkeit und Schädlichkeit der fahrläſſigen Handlung, anderſeits durch die Art und das Maaß der ſtattgehabten Nachläſſigkeit beſtimmt.

In der erſten Beziehung kommt zu erwägen, daß ein fahrläſſiges Benehmen eines Locomotivführers wegen der möglichen Gefährdung zahlreicher Menſchenleben die höchſte Stufe der Gefährlichkeit einnimmt, und daß daſſelbe in vorliegendem Falle die Tödtung eines Menſchen und ſchwere Verletzung von fünf andern zur Folge hatte. Sämmtliche Verletzungen ſind übrigens die Wirkungen der nämlichen fahrläſſigen Handlung und müſſen daher als Beſtandtheile oder Fortſetzungen einer und derſelben

Digitized by Google

That angeſehen und als ein einziges (fortgeſetztes) Verbrechen geſtraft werden. (Vergl. Strafgeſetzbuch §. 180 und 182).

In der zweiten Beziehung iſt ein hoher Grad von Verſchuldung anzunehmen, weil es dem Angeſchuldigten bei nur einiger Sorgfalt und Beſonnenheit möglich war, den eingetretenen Erfolg als wahrſcheinliche und ſelbſt nothwendige Folge ſeines Verhaltens vorauszuſehen, und weil er denſelben bei pflichtmäſſiger Thätigkeit mit Sicherheit hätte verhüten können. Hierbei iſt noch zu prüfen, ob derſelbe ſich nicht ſchuldhafter Weiſe in einen Zuſtand verſetzt habe, durch welchen ihm die Anwendung der erforderlichen Sorgfalt erſchwert war. Durch die Unterſuchung iſt ermittelt, daß derſelbe am Nachmittage des 2. Januar zuerſt in der Wirthſchaft zum Darmſtädter Hof in Heidelberg 1 bis 1½ Schoppen Wein, dann in der Stulziſchen Bierwirthſchaft einen Theil von einem Schoppen Bier, darauf im Bairiſchen Hofe gemeinſchaftlich mit einem Andern zwei Schoppen Wein, und zuletzt noch im Bahnhof mit Zugmeiſter Bayer einen Schoppen Wein, im Ganzen alſo in der Zeit von etwa vier bis ſechs Uhr mindeſtens drei Schoppen Wein und etwas Bier getrunken hat. Wenn nun auch ſeine Mitzecher, die übrigens, da ſie ſchon den ganzen Nachmittag über beim Weine geſeſſen waren, einer ſicheren Beobachtung kaum fähig ſein mochten, verſichern, daß ſie keine Spur von Trunkenheit an Dewerth bemerkt hätten, und wenn auch Gleiches von den Bedienſteten, welche ihn vor der Abfahrt im Bahnhofe ſahen, bemerkt wird, welche Letztere übrigens bei dem Drang des Dienſtes wohl ſchwerlich eine genauere Beobachtung machen konnten, ſo iſt hierdurch nur ſo viel in Gewißheit geſetzt, daß ſich derſelbe nicht in einem Zuſtande ſchwerer Trunkenheit befand. Dagegen iſt es nicht unwahrſcheinlich, daß die genoſſenen Getränke erſt im Freien, in der nächtlichen Kälte, ſtärker zu wirken begannen, die Schärfe ſeiner Sinne trübten, und die ſtrenge Aufmerkſamkeit in Beſorgung ſeiner Verrichtungen erſchwerten. Jedenfalls war es im Hinblick auf den §. 5 der Inſtruktion, welcher den Locomotivführern die ſtrengſte Nüchternheit befiehlt, eine ſträfliche Unbeſonnenheit, unmittelbar vor einer nächtlichen Fahrt ein ſolches Maaß von geiſtigen Getränken zu ſich zu nehmen; und daß der Angeſchuldigte ſich der hierdurch begangenen Pflichtwidrigkeit ſehr wohl bewußt war, gibt ſich aus ſeinem Läugnen oder Verkleinern der obigen vollbewieſenen Thatſachen deutlich zu erkennen. Es iſt klar, daß hierdurch ſeine Verſchuldung bedeutend erhöht wird.

Nach dieſen Umſtänden und da der Angeſchuldigte durch ſein Benehmen auch die handgelübdlich übernommene Dienſtpflicht verletzt hat, ſtellt ſich ſein Verſchulden als ein ſehr großes dar. Es kommt jedoch ſtrafmildernd in Betracht, daß derſelbe an jenem 2. Januar zum erſten Male die nächtliche Fahrt eines Perſonenzugs von Heidelberg nach St. Ilgen zu leiten hatte, daß er die ſchädlichen Folgen ſeiner Handlung, ſobald er ſie als bevorſtehend erkannte, durch angeſtrengte Thätigkeit abzuwenden ſuchte, endlich daß er ſich während ſeiner frühern Dienſtführung keiner Nachläſſigkeit ſchuldig gemacht, vielmehr ſich bei ſeinen Vorgeſetzten die Anerkennung ſeiner dienſtlichen Befähigung und ſeines Fleißes erworben hat. *)

Seine That beruht auf ſträflicher Verſchuldung im Sinne des Anhangs §. 89. b. zum Strafedicte, **) indem ſie aus mehrfacher Verletzung der Dienſtvorſchriften, mithin aus einer unerlaubten Handlungsweiſe hervorging; ſie kann übrigens, da die begangenen Dienſtwidrigkeiten nicht an ſich ſchon peinlich ſtrafbar ſind, nach §. 91 daſelbſt nur mit bürgerlicher Strafe belegt werden. ***)

---

*) Ein Stimmführer nahm nur *reine* Verſchuldung als vorhanden an. Dieſe beſteht nämlich nach §. 89. a. der Erläuterung zum Strafedict darin, daß eine *erlaubte* Handlung *unvorſichtig* ausgeführt wird, z. B. wenn ein Jagdsberechtigter einen auf der Waldſtraße gehenden Menſchen erſchießt, indem er auf ein Thier unvorſichtig anlegt. Dem Angeſchuldigten war aber die Führung ſeines Zugs nicht nur erlaubt, ſondern geboten, und nur in der unvorſichtigen Ausführung dieſes Geſchäfts beruht ſein Verſchulden. *Sträfliche* Verſchuldung iſt nach §. 89. b. ibid. dann vorhanden, „wenn die ſträfliche That aus einer andern *unerlaubten* Handlung durch deren unvorſichtige Begehung entſtand, z. B. ein Wilderer, der auf obige Art Jemand erſchöſſe.“ Unter einer „unerlaubten“ Handlung im Sinne dieſer Stelle glaubte jener Stimmführer eine durch das Strafgeſetz verbotene Handlung verſtehen zu müſſen, indem hierauf namentlich das vom Geſetze aufgeſtellte Beiſpiel hindeute, nicht aber eine bloße Verletzung dienſtpolizeilicher Vorſchriften bei einer an ſich erlaubten Handlung. A.

**) Vgl. Strafgeſetzbuch §. 152. Nr. 4. 5.

***) Die Strafe der culpoſen Tödtung iſt nach badiſchen, wie nach gemeinem Rechte dem richterlichen Ermeſſen überlaſſen, und die Praxis iſt in deren Beſtimmung ſehr ſchwankend. Allgemein wird aber für ſchwerere Fälle eine Freiheitsſtrafe bis zu vier oder ſechs Jahren zugelaſſen. *Henke*, Handbuch des Criminalrechts Bd II.

Digitized by Google

Aus dieſen Gründen und nach Anſicht der §§. 71. und 72 des Strafedicts ſowie des §. 19 wegen der Koſten wurde, wie geſchehen, erkannt. K. Ammann.

II.

Rechtsſtreit über eine Ausſteuer.

(Anwendung des L.R.S. 931.)

Oppenheimer gegen Maier.

In der Klage war um Auslieferung einer im Ehevertrag der klagenden Ehegatten dieſen von den Eltern der Frau angeblich verſprochenen (näher bezeichneten) Ausſteuer gebeten, die Thatſache des Verſprechens dagegen Beklagter Seits im Einredevortrag in Abrede geſtellt worden. — Der Richter dritter Inſtanz ſetzte jene Thatſache zum Beweiſe aus, erachtete aber die nachgefolgte Beweisantretung nicht für erheblich, beziehungsweiſe den auferlegten Beweis nicht für geführt; und zwar aus folgenden Gründen:

Da nach L.R.S. 204 eine Verbindlichkeit für die Eltern eines ſich verheirathenden Kindes nicht beſteht, dieſem eine Ausſteuer aus ihrem Vermögen zu geben, ſo erſcheint jede auf Bewilligung einer ſolchen Ausſteuer gerichtete Zuſage als Die einer Schenkung unter Lebenden.

Wenn, wie im vorliegenden Falle, auf Erfüllung einer angeblichen derartigen, noch nicht vollzogenen, Zuſage geklagt, und letztere vom beklagten Theile in Abrede geſtellt wird, ſo kann der, dem Kläger obliegende Beweis des Verſprechens nur durch öffentliche Urkunden geführt werden.

Denn nach L.R.S. 931 iſt die Aufnahme einer öffentlichen Urkunde für alle Schenkungen, welche nicht (wie ſ. g. Handgeſchenke) unmittelbar durch Uebergabe geſchenkter Fahrniſſe erfüllt werden, eine geſetzliche Förmlichkeit, durch deren Beobachtung die Gültigkeit der Schenkung ſelbſt bedingt iſt.

Wenn dieſes auch nicht genau aus der Wortfaſſung des gedachten Satzes in der für das Großherzogthum Baden gültigen Bearbeitung hervorgeht, welcher Satz im Urtexte eine wörtliche Uebertragung des Art. 1 einer älteren königlich franzöſiſchen Ordonanz vom Monat Februar 1731 enthält, ſo wird doch die Abſicht des Geſetzgebers durch die folgenden Sätze 932 u. 948 jeden Falls ins Klare geſetzt. Denn dieſe letztern Geſetzesſtellen geben den Willen des Geſetzes zu erkennen, daß über Schenkungen der fraglichen Art Urkunden gefertigt werden ſollen; der Satz 932 geſtattet nämlich, daß die Annahme einer Schenkung in einer ſpätern öffentlichen Urkunde erfolgen könne, was vorausſetzt, daß ſchon über die Schenkung ſelbſt eine frühere Urkunde vorhanden ſei, zumal nicht anzunehmen iſt, daß für die Annahme eine größere Formalität, als für das Verſprechen der Schenkung vom Geſetze gefordert werden wollte; und Satz 948 verlangt unter Bedrohen mit Ungültigkeit, daß dem Aufſatze über die Schenkung einer Mehrheit von Fahrniſſen ein von Geber und Nehmer unterſchriebenes, und mit dem Werthanſchlage der geſchenkten Gegenſtände verſehenes Verzeichniß der Letztern beigefügt werde; — was natürlicher Weiſe nicht ausführbar wäre, wenn über die Schenkung keine Urkunde vorläge.

Gehört aber zur gültigen Form der Schenkung eine Urkunde, ſo kann dieſe nach Satz 931 nur eine öffentliche Urkunde ſein.

Für dieſe Auslegung des letzterwähnten Satzes erklären ſich auch die bewährteſten Rechtslehrer

z. B. *Pothier*, traité sur les donations entre vifs edid. stutteau T. I p. 66.
Grenier, traité de donations T. I. Nr. 159. 176 ff.
Vazeille, sur les successions, donations & cet. T. II. p. 214 ff.
Zachariä, franz. Civilrecht §. 659.

Wenn gleich Brauer in ſeinen Erläuterungen Bd. II. S. 370 zum Theil von einer andern Anſicht ausgeht, und, wenigſtens was die Schenkung von Fahrniſſe betrifft, in dem Satze 931 nur eine Anwendung der allgemeinen Beſtimmung des Satzes 1341 finden will, wornach alſo bei Fahrnißſchenkungen, welche den Werth von 75 fl. überſteigen, blos der Beweis durch Zeugen und Vermuthungen ausgeſchloſſen ſein würde, ſo kann doch ſeiner Anſicht ein Vorzug vor der ſchon erwähnten Auslegung der ältern und neuern franzöſiſchen Rechtslehrer nicht gegeben werden, weil der betreffende Satz, wie ſchon bemerkt, aus dem ältern franzöſiſchen Rechte ſtammt, und eine ausdrückliche und gefliſſentliche Abänderung in dem badiſchen, von Brauer bearbeiteten Geſetzbuche nicht enthalten iſt.

Da nun Kläger auf das oberhofgerichtliche Zwiſchenerkenntniß vom 14. Auguſt 1845 zu Führung des Beweiſes, daß die in der Klage näher beſchriebene Ausſteuer verſprochen worden ſei, ſich nur

a. der Eideszuſchiebung an den Vater der klägeriſchen Ehefrau bedienten, und
b. ſich nachträglich noch auf einige mit hebräiſchen Schriftzeichen geſchriebene Urkunden berieſen, welche Letztere ſchon nach ihrer äußern Form zeigen, daß ſie nicht von einem Staatsſchreiber herrühren,

überdieß auch der von dem Beklagten zum Zwecke der Gewiſſensvertretung producirte, in einer öffentlichen Urkunde enthaltene Ehevertrag der klägeriſchen Gattin vom 17. Januar 1820 von der fraglichen Zuſage nichts enthält, ſo iſt die zum Beweiſe ausgeſetzte Behauptung nicht conſtatirt, und es mußte deßhalb nunmehr das Erkenntniß des großherzogl. Hofgerichts beſtätigt werden. Kirn.

S. 119. Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswiſſenſchaft §. 233. Feuerbach Lehrbuch, § 227. Nach dem neuen Strafgeſetzbuch §. 211. wird die Tödtung aus Fahrläſſigkeit, wenn der Tod des Andern als ſehr wahrſcheinliche Folge vorausgeſehen werden konnte, mit Arbeitshaus — (nach §. 35. von 6 Monaten bis zu 6 Jahren) — beſtraft, und es wären bei Beurtheilung des vorliegenden Falls nach dieſem Geſetze die Straferhöhungsgründe zu berückſichtigen, welche in der großen Schädlichkeit und Gefährlichkeit der Handlung (§. 150), in dem Zuſammentreffen mehrfacher Rechtsverletzungen (§. 152) und in der Verletzung beſonderer Berufspflichten (§. 151 Nr. 1.) liegen. A.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. № 16. Karlsruhe den 18. April 1846.

I.

Hofgericht des Unterrheinkreiſes.

Urtheil.

In Anklageſachen gegen den Obergerichtsadvokaten Guſtav v. Struve zu Mannheim,

wegen grober Injurie gegen den Großherzoglichen Staatsminiſter v. Böckh, den Großh. Geheimen Rath Jolly, Präſidenten des Großh. Juſtizminiſteriums, und den Großh. Staatsminiſter und Bundestagsgeſandten Freiherrn v. Blittersdorff, ſowie wegen verſuchten Hochverraths.

Mit der vorliegenden Anklage wird Obergerichtsadvokat Guſtav v. Struve, als geſtändiger Verfaſſer der Schrift: „Politiſche Briefe von Guſtav v. Struve. Mannheim, J. Bensheimer. 1846."

dreier Vergehen beſchuldigt:

1) der groben Injurie gegen den Großh. Staatsminiſter v. Böckh, und den Großh. Geh. Rath Jolly, Präſidenten des Großh. Juſtizminiſteriums;
2) des gleichen Vergehens gegen den Großh. Staatsminiſter und Bundestagsgeſandten Frhrn. v. Blittersdorff;
3) des entfernten Verſuchs des Hochverraths.

Der Angeklagte ſchützte in der Vorunterſuchung in Bezug auf die beiden erſten Anklagepunkte zunächſt die Einrede der mangelnden Proceßlegitimation des Großh. Staatsanwalts, und die der mangelnden Sachlegitimation vor.

Beide Einreden ſind aber ungegründet. Nach §. 43 des Preßgeſetzes kann nämlich der Staatsanwalt, wenn ein öffentlicher Diener in Bezug auf ſein Amt durch die Preſſe beleidigt wurde, auf Antrag des beleidigten Dieners, oder der dieſem vorgeſetzten Behörde die Klage erheben. Nun beziehen ſich die beleidigenden Aeußerungen, welche den Grund der Anklage bilden, unzweifelhaft auf die dienſtliche Thätigkeit der oben genannten Staatsbeamten; durch eine mit der Klage vorgelegte höchſte Entſchließung des Großh. Staatsminiſteriums vom 19. December v. J. Nr. 2321 iſt das Großh. Juſtizminiſterium ermächtigt, gegen den Obergerichtsadvokaten v. Struve als Verfaſſer der obenerwähnten Schrift, auf den Grund der darin enthaltenen Schmähung der genannten Staatsbeamten, durch den Staatsanwalt Anklage zu erheben, und mit dieſer Anklage hat das Großh. Juſtizminiſterium durch Erlaß vom 20. December v. J. Nr. 7012 den Staatsanwalt auch wirklich beauftragt. Da aber dieſes Großh. Miniſterium nur in Folge einer ihm ertheilten beſondern Ermächtigung gehandelt hat, ſo iſt der Auftrag zur Klagerhebung nicht als von ihm, ſondern als von dem Großh. Staatsminiſterium ausgegangen zu betrachten, welches hierzu, als die den genannten Staatsbeamten unmittelbar vorgeſetzte Dienſtbehörde, nach der angeführten Geſetzesſtelle unzweifelhaft berechtigt war.

Hiernach kann weder die Berechtigung der genannten hohen Staatsbehörde zur Klage Namens der beleidigten Staatsdiener, noch die Proceßlegitimation des Großh. Staatsanwalts bezweifelt werden, und es fragt ſich daher nur noch, ob die erhobene Anklage auch begründet ſei.

I. Die Anklage wegen grober Injurie gegen den Großh. Staatsminiſter v. Böckh, und den Großh. Geh. Rath Jolly, Präſidenten des Großh. Juſtizminiſteriums

wird auf diejenige Stelle der erwähnten Druckſchrift gegründet, welche auf S. 257 mit den Worten beginnt:

Digitized by Google

„Durch die Verordnung vom 28. Juli 1832 wurde daher rechtlich das Preßgeſetz“ ꝛc.

und auf S. 261 mit den Worten ſchließt:

„(die Verordnung vom 28. Juli 1832 beruht alſo weſentlich auf Lug und Trug).“

Die Anklage bemerkt:

In dieſer Stelle ſage der Angeklagte, daß die in dem Eingange des Geſetzes vom 28. Juli 1832 erwähnten Thatſachen Lügen ſeien, daß die ganze Verordnung auf Lug und Trug beruhe, und daß die verantwortlichen Räthe der Krone durch dieſelbe einen Hochverrath begangen hätten. Da nun das Geſetz vom 28. Juli 1832 von ſämmtlichen damaligen Mitgliedern des Großherzoglichen Staatsminiſteriums contraſignirt ſei, ſo ſeien alle dieſe von den angeführten beleidigenden Aeußerungen getroffen, folglich auch die vorhin genannten beiden Beamten, welche von den Unterzeichnern jenes Geſetzes allein noch im activen Staatsdienſte ſich befänden.

Der Angeklagte erklärte in der Voruntersuchung, daß es nicht ſeine Abſicht geweſen, die genannten hohen Staatsbeamten zu beleidigen, daß er nicht die Unterzeichner der Verordnung vom 28. Juli, und darunter namentlich den Großherzoglichen Staatsminiſter v. Böckh, ſowie den Großherzoglichen Geh. Rath Jolly, als die eigentlichen Urheber der Verordnung betrachtet als ſolchen vielmehr den Großherzoglichen Bundestagsgeſandten Freiherrn v. Blittersdorff bezeichnet habe, daß hienach die beiden zuerſt genannten Beamten von den angegebenen Aeußerungen nicht betroffen ſeien. Allein dieſes Vorgeben iſt ungegründet.

Zu Anfang der bezeichneten Stelle findet ſich die Aeußerung, durch die Verordnung vom 28. Juli 1832 ſei ein Hochverrath von den verantwortlichen Räthen der Krone begangen. Unter den verantwortlichen Räthen der Krone können aber im Allgemeinen nur die Mitglieder der oberſten Staatsbehörde, des Großherzoglichen Staatsminiſteriums, verſtanden werden, welche den Landesherrn bei ſeinen Entſchließungen in Regierungsangelegenheiten zu berathen haben, und welche nach §. 7 der Verfaſſungsurkunde für die genaue Befolgung der Verfaſſung verantwortlich ſind. Für einzelne Regierungshandlungen ſind aber zufolge Art. 4 des Geſetzes vom 5. October 1820 insbeſondere diejenigen Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums verantwortlich, welche die betreffende Verfügung unterzeichnet haben. Wenn daher in Bezug auf eine beſtimmte einzelne Regierungshandlung von den verantwortlichen Räthen der Krone geſprochen wird, ſo können darunter nur diejenigen Mitglieder der genannten oberſten Behörde verſtanden werden, welche die betreffende Entſchließung unterzeichnet und dadurch deren Verantwortung übernommen haben.

Die landesherrliche Verordnung vom 28. Juli 1832 iſt im Regierungsblatt Nr. XLII. vom 30. gl. Mts. mit der Unterſchrift ſämmtlicher Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums erſchienen, von welchen die beiden mehrfach genannten ſich zur Zeit der Erhebung vorliegender Anklage allein noch in activem Staatsdienſte befanden. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß auch ſie zu den verantwortlichen Räthen der Krone gehören, von welchen der Angeklagte ſpricht.

Daran ändert auch der Umſtand nichts, daß der Angeklagte auf S. 261 und 263 ſeiner Schrift behauptet, die gedachte Verordnung ſei ein Werk des Großherzoglichen Bundestagsgeſandten Freiherrn von Blittersdorff, ihm hätten wir dieſe Verordnung zunächſt zuzuſchreiben. Denn dadurch, daß der Verfaſſer den zuerſt gegen die verantwortlichen Räthe der Krone ausgeſtoßenen Beſchuldigungen auch noch ſolche gegen den damaligen Bundestagsgeſandten beifügt, werden natürlicherweiſe jene erſtern nicht aufgehoben. Da eine Lüge nur mit dem eigenen Bewußtſein der Unwahrheit geſagt, ein Hochverrath nur in eigener ſtaatsfeindlicher Geſinnung begangen werden kann, ſo enthält der Vorwurf der Lüge und des Hochverraths nothwendig die Beſchuldigung, daß der davon Betroffene mit Bewußtſein und nicht etwa bloß aus Irrthum gehandelt habe. Sodann verſteht ſich von ſelbſt, daß eine im Großherzoglichen Staatsminiſterium beſchloſſene Verordnung nicht das Werk eines Geſandten ſein kann, der in dieſer Behörde gar nicht ſtimmberechtigt iſt, auch beziehen ſich die Einzelheiten, welche der Verfaſſer in Bezug auf den erwähnten Großherzoglichen Geſandten vorbringt, in der That nur auf deſſen Mitwirkung zu dem Bundesbeſchluſſe vom 5. Juli 1832, nicht zu der Verordnung vom 28. gl. Mts., wodurch jener Beſchluß unter der Verantwortlichkeit der unterzeichneten Mitglieder des Großherzoglichen Staatsminiſteriums verkündet worden iſt. Dieſe Verordnung kann rechtlich nur dieſen Beamten zugeſchrieben, und es müſſen darum auch die bezüglich derſelben gemachten Aeußerungen auf ſie bezogen werden.

Digitized by Google

Daß aber die angeführten Aeußerungen *ihrem Inhalte nach beleidigend* ſind, bedarf keiner Ausführung. Das Verbrechen des Hochverraths iſt das ſchwerſte, deſſen ein Staatsdiener als ſolcher ſich ſchuldig machen kann; der Vorwurf dieſes Verbrechens und die Beſchuldigung, daß Beamte von ſo hoher und einflußreicher Stellung, wie die Vorgenannten, ſich der Lüge und des Trugs gegen das Land ſchuldig gemacht hätten, iſt im höchſten Grade geeignet, dieſelben als des Vertrauens von Fürſt und Volk durchaus unwürdig darzuſtellen, und der öffentlichen Verachtung preiszugeben. Sie enthält daher eine Beleidigung der ſchwerſten Art.

In der mit der Klage vorgelegten Staatsminiſterial-Entſchließung wird das Vergehen als *Schmähung*, in der Anklage als grobe *Injurie* bezeichnet. Beide Benennungen bezeichnen den Gattungsbegriff der Ehrenverletzung, welcher die Verleumdung und die Ehrenkränkung umfaßt. Da aber zum Thatbeſtande der Verleumdung das Merkmal der wiſſentlich falſchen Ausſage gehört, deſſen Daſein in der Anklage nicht behauptet iſt, da ferner der Strafantrag nur auf den, von eigentlichen Ehrenkränkungen handelnden §. 3 des betreffenden Geſetzes gegründet wird, ſo kann das Vergehen nur unter den Begriff der Ehrenkränkung gebracht werden.

Die *Abſicht zu beleidigen* wird zwar von dem Angeklagten widerſprochen, indem er behauptet, ſeine Abſicht ſei nur dahin gegangen, die fortdauernde Gültigkeit des Preßgeſetzes und namentlich der die Oeffentlichkeit der Verhandlungen betreffenden Stellen deſſelben darzuthun und eine ſeiner Abſicht entſprechende Entſcheidung dieſer für ganz Baden höchſt wichtigen Frage herbeizuführen.

Allein die Abſicht zu beleidigen iſt überall als vorhanden anzunehmen, wo eine objectiv beleidigende Handlung oder Aeußerung mit dem Bewußtſein vorgenommen wird, daß ſie für einen Andern ehrverletzend ſein müſſe. Es iſt ganz gleichgültig, ob die Ehrverletzung der unmittelbare und ausſchließliche Zweck des Handelnden oder nur ein Mittel zur Erreichung eines andern Zweckes iſt.

Weber, von Injurien I., S. 51, 101.

Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswiſſenſchaft, §. 296.

Beſchuldigungen, wie die hier in Frage ſtehenden, können aber unmöglich ohne das Bewußtſein ihrer die Ehre im höchſten Grade verletzenden Bedeutung gemacht werden. Hiernach kann die Abſicht des Angeklagten, durch dieſe Beſchuldigung die Ehre der davon betroffenen Staatsmänner zu kränken, nicht bezweifelt werden.

Zum Thatbeſtande der Ehrenkränkung, wie jeder ſtrafbaren Handlung, gehört aber noch die *Widerrechtlichkeit*, und dieſe hat der Angeklagte aus Gründen beſtritten, indem er nämlich vorſchützt, daß er

1) die angeklagten Aeußerungen nur *zur Vertheidigung ſeines rechtlichen Intereſſes* gemacht, und daß er

2) nur *die Wahrheit* geſagt habe.

Außer dieſen vom Angeklagten geltend gemachten Vertheidigungsgründen iſt noch

3) die Frage zu prüfen, ob derſelbe nicht durch das *Recht des Schriftſtellers zur freimüthigen Beurtheilung* gegebener und unbeſtrittener Thatſachen von dem Vorwurfe einer widerrechtlichen Handlung befreit werde.

Zu 1. iſt es richtig, daß die in der Anklage bezeichneten Aeußerungen in einem Vortrage vorkommen, welchen der Angeklagte bei der Verhandlung über die Beſchlagnahme einer andern von ihm herausgegebenen Schrift am 9. Oktober v. J. vor dieſſeitigem Gerichtshofe gehalten hat. Es kann auch nicht beſtritten werden, daß Angeklagten und Vertheidigern eine größere Redefreiheit eingeräumt werden muß und daß ſie durch die Befugniß, Alles zur Geltendmachung ihres rechtlichen Intereſſes Erforderliche dem Gerichte vorzutragen, in der Regel gegen den Vorwurf einer widerrechtlichen Handlungsweiſe geſchützt werden. Indeſſen hat auch dieſe Freiheit ihre Grenzen (vergl. Weber a. a. O III, 129 folg.), deren Feſtſtellung übrigens in vorliegendem Falle nicht nöthig iſt, weil die Anklage nicht darauf beruht, daß der Angeklagte die erwähnte Rede vor dem erkennenden Gerichtshofe *gehalten*, ſondern darauf, daß er ſie durch den Druck *veröffentlicht* habe. Mit der *Haltung* dieſes Vortrags war deſſen nächſte Beſtimmung erfüllt; ſeine Veröffentlichung geſchah nicht zum Zwecke der *gerichtlichen* Verfolgung eines vermeintlichen Rechts, und es iſt mithin der Angeklagte in Bezug auf dieſe Veröffentlichung nicht nach den beſondern Grundſätzen über die gerichtlichen Vorträge der Parteien und Anwälte, ſondern ohne Rückſicht auf die urſprüngliche Beſtimmung des fraglichen Vortrags, nach den allgemeinen, von jeder Art öffentlicher Aeußerungen geltenden Grundſätzen zu richten.

Digitized by Google

Zu 2. *Der Beweis der Wahrheit* einer ausgeſagten *Thatſache* hebt nach §. 7 und 8 des Ehrenkränkungsgeſetzes das Daſein einer Ehrenkränkung in ſofern auf, als letztere im Inhalt der Ausſage und nicht in der Form derſelben liegt. Iſt aber die Thatſache in Druckſchriften verbreitet worden, ſo wird er in der Regel nicht, und nur ausnahmsweiſe dann zugelaſſen, wenn die verbreitete Thatſache im Allgemeinen eine Zucht- oder Correctionshausſtrafe zur Folge haben müßte, oder wenn andernfalls der Beſchuldiger zur öffentlichen Bekanntmachung der Beſchuldigung ein beſtimmtes privatrechtliches oder ein ſtaatsbürgerliches Intereſſe hatte. Der klare Wortlaut dieſer Geſetzesſtellen läßt keinen Zweifel darüber, daß der Beweis der Wahrheit nur in Bezug auf *Thatſachen* zuläſſig iſt, ſowie denn auch die Natur der Sache ergibt, daß nur die Wahrheit von *Thatſachen* Gegenſtand einer proceſſualiſchen Beweisführung ſein kann, nicht aber die logiſche Richtigkeit eines ausgeſprochenen *Urtheils*. Die Anklage beruht aber nicht darauf, daß der Angeklagte beleidigende Thatſachen verbreitet, ſondern darauf, daß er aus Thatſachen, deren Wahrheit dahin geſtellt iſt, ein beleidigendes Urtheil abgeleitet habe. Der von ihm angetretene Beweis der Wahrheit der in ſeiner Schrift veröffentlichten Thatſachen iſt daher unerheblich, inſofern aber dieſer Beweis die Richtigkeit des hierauf gegründeten Urtheils darthun ſoll, unzuläſſig. Das letztere würde er aber auch darum ſein, weil die vom Angeklagten gewählte Form ſeines Urtheils an ſich ſchon beleidigend iſt, indem der Vorwurf des Lügens, der von Lug und Trug zu den Schmähworten gehört, welche den Beweis der Wahrheit immer ausſchließen. (Vergl. *Weber* a. a. O. I, 171. *Henke*, Handbuch II, S. 317. *Tittmann*, Handbuch Bd. III. §. 396 §. 8 des Ehrenkränkungsgeſetzes).

Es fragt ſich daher nur noch

zu §. 3. ob der Angeklagte nicht innerhalb des einem jeden Schriftſteller zuſtehenden Rechtes zur freimüthigen *Beurtheilung* gegebener, dem öffentlichen Leben angehöriger Thatſachen gehandelt habe.

Unſtreitig iſt es etwas völlig erlaubtes, über die Handlungen einer Regierung öffentlich ein freimüthiges Urtheil auszuſprechen. Allein dieſe Freiheit des Urtheils iſt in Bezug auf den *Gegenſtand* inſoweit beſchränkt, daß daſſelbe ſich an *Sachen* halten muß, in Bezug auf die *Form des Ausdrucks* aber inſoweit, daß daſſelbe nicht in einer Weiſe vorgetragen werden darf, welche darauf berechnet iſt, Jemanden der öffentlichen Verachtung preiß zu geben. Sofern es ſich nämlich um die Beurtheilung von *Perſonen* handelt, iſt das Recht des Schriftſtellers auf Aeußerung ſeiner Meinungen begränzt durch das Recht des Andern auf Schutz ſeiner Ehre, der erſtere überſchreitet daher die Gränzen ſeines Rechts, ſobald er ein die Ehre eines Andern verletzendes Urtheil ausſpricht. Das Recht des Einzelnen auf Ehre muß nur dann dem Rechte des Schriftſtellers und beziehungsweiſe dem öffentlichen Intereſſe weichen, wenn es ſich um die Bekanntmachung von *Thatſachen* handelt und die weitern in §. 8 des Ehrenkränkungsgeſetzes beſtimmten Vorausſetzungen gegeben ſind. Dagegen iſt es dem Einzelnen keineswegs vom Geſetze zur Pflicht gemacht, ſich unbedingt der öffentlichen Beurtheilung ſeiner Handlungen, und ſogar ſeines Charakters und ſeiner Geſinnungen zu unterwerfen, er hat vielmehr gegen ehrverletzende *Urtheile* den vollen Schutz des Geſetzes anzuſprechen.

Die *Richtigkeit* oder Unrichtigkeit des ausgeſprochenen Urtheils iſt ohne Einfluß auf deſſen Strafbarkeit, weil der Grund der letztern nicht in der Unrichtigkeit des Urtheils, ſondern in dem damit begangenen Eingriff in eine fremde Rechtsſphäre beruht.

Daß endlich ein dem Inhalte nach erlaubtes Urtheil durch die *Form des Ausdrucks* ehrverletzend und mithin ſtrafbar werden kann, iſt für ſich klar, da ſelbſt die Mittheilung wahrer *Thatſachen* unter eben dieſer Vorausſetzung unter den Begriff ſtrafbarer Ehrverletzung fällt. §. 8 des Ehrenkränkungsgeſetzes.

Nach dieſen Grundſätzen wäre der Angeklagte ohne Zweifel berechtigt geweſen, die Entſtehungsart der Verordnung vom 28. Juli 1832 und des damit verkündeten Bundesbeſchluſſes, ſowie ihre Rechtmäßigkeit und verbindliche Kraft einer rechtswiſſenſchaftlichen Prüfung zu unterwerfen und auf dieſe Art die Nachweiſung der fortdauernden Gültigkeit des Preßgeſetzes vom 28. Dezember 1831 zu verſuchen. Allein er hat dieſen Weg einer wiſſenſchaftlichen Erörterung *der Sache* nicht gewählt, er hat vielmehr die Handlungsweiſe und die Geſinnung der betheiligten *Perſonen* ſeinem Urtheile unterworfen, er hat den *Urhebern* der Verordnung, den verantwortlichen Räthen der Krone, Hochverrath vorgeworfen, ſie

Digitized by Google

der Lüge, des Lugs und Trugs beſchuldigt. Dieſer Vorwurf eines ſehr ſchweren Verbrechens und einer ſehr unmoraliſchen Handlung, einer ſtaatsfeindlichen Willensrichtung und einer höchſt unwürdigen Geſinnung, überſchreitet bei weitem die Grenze der ſchriftſtelleriſchen Freiheit, er iſt zudem in einer leidenſchaftlichen durch wiederholten Gebrauch des Worts „Lüge" ſchon formell verletzenden Weiſe ausgeſprochen, und würde daher ſchon deßhalb durch die Berechtigung des freien Urtheils nicht entſchuldigt ſein.

Dem Bisherigen zufolge hat ſich der Angeklagte einer ſchweren Ehrenkränkung gegen den Großh. Staatsminiſter v. Böckh und den Großh. Geheimenrath Jolly ſchuldig gemacht, deren Strafbarkeit durch ihre Begehung vermittelſt der Preſſe noch erhöht wird.

II. Die Anklage wegen grober Injurie gegen den Großh. Staatsminiſter und Bundestagsgeſandten Freiherrn von Blittersdorff gründet ſich auf folgende Stellen der mehrerwähnten Druckſchrift:

S. 13. Von den Worten:

„Zu dieſen Männern rechne ich ferner den Freiherrn v. Blittersdorff" ꝛc.

bis zu den Worten:

„vor den competenten Gerichtsbehörden."

S. 185 bis 199. Eine eigne Beilage zu der Schrift, überſchrieben:

„Anklage auf Hochverrath wider den Großh. Badiſchen Bundestagsgeſandten, frühern Miniſter der auswärtigen Angelegenheiten und des Großh. Hauſes, Friedrich Frhrn. von Blittersdorff."

S. 261 bis 263. Von den Worten:

„Die Verordnung vom 28. Juli 1832 beruht alſo weſentlich auf Lug und Trug"

bis zu den Worten:

„Doch, ich ſage es Ihnen voraus, u. ſ. w."

Von all den beleidigenden Aeußerungen, welche an dieſen Stellen vorkommen, hebt die Anklage nur zwei hervor, nämlich die Beſchuldigung des Hochverraths und ſchwerer Verletzung der Amtspflichten; alle weiteren ſind daher außer Betracht zu laſſen.

Auf S. 13 iſt der Großh. Bundestagsgeſandte Frhr. v. Blittersdorff unter denjenigen Männern aufgezählt, die nach der Meinung des Verfaſſers vor dem Gerichtsſtand der deutſchen Nation als Hochverräther angeklagt werden ſollten.

Die Beilage von S. 185 bis 199 enthält eine förmliche Anklage auf Hochverrath gegen den genannten Beamten, worin ihm S. 195 und 199 das Verbrechen des Hochverraths und ſchwere Vernachläſſigung der Amtspflichten vorgeworfen wird.

Die letzte Stelle, S. 261 — 263 kommt hier nicht in Betracht, weil darin die ebenerwähnten Vorwürfe, auf deren Grund allein geklagt iſt, nicht vorkommen.

Daß nun die erwähnten Beſchuldigungen des Hochverraths und ſchwerer Vernachläſſigung der Amtspflichten objectiv beleidigend ſind, bedarf eben ſo wenig einer Ausführung, als ihre beſtimmte Beziehung auf den genannten, überall namentlich bezeichneten, Beamten, und als die Abſicht des Angeklagten, denſelben hierdurch an der Ehre zu verletzen. Das Daſein dieſer Abſicht iſt nicht nur aus denſelben Gründen, wie bei dem erſten Anklagepunkte, als unzweifelhaft anzuſehen, ſondern ſie iſt auch von dem Angeklagten ganz unzweideutig ausgeſprochen. Derſelbe hat nämlich auf S. 13 ſeiner Schrift als Mittel, die von ihm als Hemmketten der deutſchen Nation bezeichneten Staatsmänner von ihren Stellen zu verdrängen, die Anklage derſelben vor dem Gerichtsſtande der deutſchen Nation als Hochverräther empfohlen und dieſen Vorſchlag durch Formulirung der auf S. 185 — 199 enthaltenen Anklage auch ſogleich ſelbſt ausgeführt. Damit hat er ganz deutlich die Abſicht zu erkennen gegeben, das öffentliche Vertrauen auf jene Staatsmänner gänzlich zu zerſtören und ihnen dadurch alle weitere amtliche Wirkſamkeit unmöglich zu machen.

Der Angeklagte hat zwar vorgeſchützt, daß er nur eine Pflicht gegen ſein Vaterland erfüllt zu haben glaube, daß jeder Beamte ſich dem öffentlichen Urtheile über ſeine Wirkſamkeit unterwerfen müſſe, und daß er nur die Wahrheit geſprochen habe. Allein es kann in Bezug auf dieſe Vertheidigungsgründe lediglich auf dasjenige verwieſen werden, was zu der vorigen Anklage ausgeführt worden iſt.

Hiernach erſcheint auch die Anklage wegen Ehrenkränkung des Großh. Bundestagsgeſandten Freiherrn v. Blittersdorff als vollkommen gegründet. Die Strafbarkeit dieſer ſchon durch ihren Inhalt äußerſt ſchweren Beleidigung wird erhöht theils durch die Verübung mittelſt

Digitized by Google

der Preſſe, theils durch die hier gewählte Form, in welcher ſich eine beſondere Intenſität des auf Ehrverletzung gerichteten Willens zu erkennen gibt.

III. Die Anklage wegen verſuchten Hochverraths gründet ſich auf folgende Stelle der Schrift:

S. 36. Will ein ſolcher Gegner unſeres poſitiven Staatsrechtes nicht weichen, will er ſich gar der ihm zu Gebote ſtehenden Mittel bedienen, um der Nation ihre verfaſſungsmäßigen Rechte zu verkümmern, dann iſt die Nation im Zuſtande der Nothwehr, und nur die Rückſicht auf Klugheit, nur das Beſtreben, keine unnützen Gewaltsmaßregeln hervorzurufen, kann ſie demnach beſtimmen, ihr gutes Recht nicht auch thätlich geltend zu machen. Sie iſt dagegen aufgefordert, dieſes zu thun, ſobald ſie mit Sicherheit einen günſtigen Erfolg erwarten kann.

Hierin findet die Anklage eine unverſchleierte Aufforderung zur Empörung und zum thätlichen, gewaltſamen Umſturz der Bundesverfaſſung, ſomit einen entfernten Verſuch des Hochverraths. Allein dieſe Anſicht iſt ungegründet.

Zwar iſt durch den Bundesbeſchluß vom 18. Auguſt 1836 (verkündet im dieſſeitigen Regierungsblatt vom 14. Okt. 1836 Nr. XLVI.) feſtgeſetzt, daß jedes Unternehmen gegen die Exiſtenz, die Integrität, die Sicherheit oder die Verfaſſung des deutſchen Bundes, nach Maßgabe der Landesgeſetze über Hochverrath oder Landesverrath zu beſtrafen ſei. Allein eine Aufforderung zu einem derartigen Unternehmen kann in den angeführten Worten durchaus nicht gefunden werden.

Der Angeklagte ſpricht nämlich in dem 17. Briefe, in welchem jene Stelle vorkommt, von den Mitteln, wie gewiſſen in der Bundesacte begründeten Rechten der deutſchen Nation Anerkennung zu verſchaffen ſei. Als ſolche Rechte bezeichnet er namentlich die Preßfreiheit, landſtändiſche Verfaſſung, Rechtsgleichheit für alle chriſtliche Confeſſionen. Er nennt Jeden, der ſich dem Streben nach dieſen Rechten widerſetzen wird, Hochverräther, und fordert die Nation auf, mit aller Krafr deſſen Entfernung vom Amte und Beſtrafung durchzuſetzen. Hieran ſchließt ſich dann die oben eingerückte Stelle. Hier iſt aber nur geſagt, die Nation ſei unter gewiſſen Umſtänden aufgefordert, ihre obenerwähnten Rechte thätlich geltend zu machen. Eine von dem Angeklagten ausgehende beſtimmte Aufforderung zu eigentlichen Gewaltthätigkeiten iſt hierin nicht nothwendig enthalten, und kann um ſo weniger darin gefunden werden, als der Angeklagte an mehrern andern Stellen ſeiner Schrift nur friedliche Mittel empfiehlt. Sodann iſt hier jedenfalls die Nation nicht vom Angeklagten aufgefordert, die beſtehende Bundesgeſetzgebung oder deren Prinzipien abzuändern oder umzuſtoßen. *) Die Anklage wegen verſuchten Hochverraths an der deutſchen Bundesverfaſſung entbehrt daher allen Grundes, und muß deßhalb abgewieſen werden, ohne daß es auf die von dem Angeklagten vorgeſchützte, übrigens grundloſe, Einrede der rechtskräftigen Entſcheidung ankäme.

Was nun die Strafe betrifft, welche wegen der beiden als gegründet befundenen Anklagepunkte zu erkennen iſt, ſo kommt hier zunächſt in Erwägung, daß beide Handlungen auf demſelben Entſchluſſe beruhen und durch daſſelbe Mittel gleichzeitig ausgeführt worden ſind, daher nur als eine einzige Handlung betrachtet werden können. **)

Der §. 3. des Ehrenkränkungsgeſetzes beſtimmt nun:

---

*) Bei der Berathung machte eine Stimme darauf aufmerkſam, daß in der Anklage nicht eine Aufforderung zum Umſturze der Bundesgeſetzgebung im Allgemeinen, ſondern der Bundesverfaſſung behauptet ſei. Die Rechte aber, von denen der Angeklagte an der fraglichen Stelle ſeiner Schrift ſpreche, ſtünden gar nicht in unmittelbarer Verbindung mit der Verfaſſung (organiſchen Einrichtung) des deutſchen Bundes, ſondern gehörten zu denjenigen Rechten der deutſchen Nation, von welchen in der Bundesacte die Rede ſei. Durch das Streben nach dieſen Rechten werde daher die Verfaſſung des deutſchen Bundes nicht berührt. Dagegen glaubten die übrigen Stimmführer annehmen zu müſſen, daß die Anklage unter der „Bundesverfaſſung“ das Ganze der Bundesgeſetzgebung in ihrer dermaligen Entwicklung verſtanden habe.

**) (Vgl. Strafgeſetzbuch §. 180.) Hiergegen erklärten ſich bei der Berathung mehrere Stimmen. Sie nahmen an, man könne höchſtens die in dem Vortrage vom 9. Oktober v. J. enthaltenen, in innerem Zuſammenhange ſtehenden, Aeußerungen als Darlegung eines Gedankens, als Ausführung eines Entſchluſſes, mithin die darin vorkommenden Beleidigungen verſchiedener Perſonen als eine einzige Handlung anſehen. Ganz ſelbſtſtändig und ohne alle Verbindung hiermit ſeien aber die auf Seite 13. 185 bis 199. vorkommenden, ausſchließlich auf den Freiherrn v. Blittersdorf bezüglichen Ehrenkränkungen; zwiſchen dieſen und jenen beſtehe in keiner Beziehung Einheit. Die reine äußerliche Vereinigung in einem und demſelben Buche habe nur die Bedeutung und Wirkung, daß hierdurch ſämmtliche Ehrverletzungen gleichzeitig zur Vollendung gekommen ſeien (§. 29 des Preßgeſetzes).

Digitized by Google

„Alle andere Aeußerungen und Handlungen, durch welche Jemand das Recht eines Andern auf Ehre abſichtlich verletzt, werden mit Verweis oder mit Gefängniß, das jedoch nie vier Monate überſteigen darf, beſtraft."

Der §. 6. deſſelben Geſetzes ſagt:

„Eine Erhöhung des in §§. 1, 2 und 3. feſtgeſetzten Strafmaßes bis um ein Viertheil deſſelben kann eintreten bei Verläumdungen und Ehrenkränkungen, welche in Druckſchriften . . . . . verbreitet wurden."

Hiernach beſteht das höchſte Maß der Strafe, welche wegen einer durch die Preſſe verübten Ehrenkränkung erkannt werden kann, in fünfmonatlichem Gefängniß. Hierauf hat der Großherzogliche Staatsanwalt in Beziehung auf jede der beiden vorliegenden Ehrenkränkungen ſeinen Antrag geſtellt.

Dieſe Ehrenkränkungen ſtehen auch ſowohl nach der Schwere ihres Inhalt als nach der beſonders verletzenden Beſchaffenheit ihrer Form auf einer ſehr hohen Stufe der Strafbarkeit. Indeſſen kommt dem Angeklagten als Strafmilderung zu Statten, daß er, wie der ganze Inhalt ſeiner Schrift zeigt, nicht aus perſönlicher Leidenſchaft und auch nicht zur Erreichung ſelbſtſüchtiger Zwecke, ſondern in der Meinung, dem öffentlichen Wohl einen Dienſt zu leiſten, gehandelt hat. Es konnte daher nur das in dem Urtheile ausgeſprochene Strafmaß als der Verſchuldung entſprechend erachtet werden. Dieſe Strafe iſt, obgleich ſie die Dauer von acht Wochen überſteigt, im Amtsgefängniſſe zu vollziehen, weil der §. 37 des Strafedicts, wonach die Gefängnißſtrafe nicht über acht Wochen anſteigen darf, bevor die zu erkennende Strafe, wenn ſie jene Dauer überſteigt, im Arbeitshauſe zu erſtehen iſt, auf Ehrenkränkungen, für welche das betreffende Specialgeſetz eine höhere Gefängnißſtrafe geſtattet, keine Anwendung findet, und weil dem Gerichte vermöge ſeines Strafverwandlungsrechts (§. 98 d. St.E.) jedenfalls freiſtünde, die erwählte Art des Vollzugs anzuordnen.

Der Großherzogliche Staatsanwalt hat endlich noch den Antrag geſtellt, die Unterdrückung oder Vernichtung der incriminirten Druckſchrift ſowie den öffentlichen Anſchlag des Urtheils zu verordnen. Der erſte Antrag iſt auch nach §. 24 des Preßgeſetzes, jedoch nur in Bezug auf den als ſträflich erkannten Theil der Schrift, der zweite aber nach §. 11 des Ehrenkränkungsgeſetzes gegründet. Damit findet zugleich die von dem Angeklagten gegen die Beſchlagnahme ſeiner Schrift ergriffene Appellation ihre Erledigung, ohne daß es hierüber eines beſondern Erkenntniſſes bedürfte.

Aus dieſen Gründen und nach Anſicht des §. 19 des Strafedicts wegen der Koſten wird nach geſetzlich gepflogenen Verhandlungen zu Recht erkannt:

Der Angeklagte, Obergerichtsadvokat Guſtav von Struve dahier, ſei

1) von der Anklage wegen entfernten Verſuchs des Hochverraths freizuſprechen; dagegen

2) der mittelſt der Druckſchrift:

„Politiſche Briefe von Guſtav von Struve, Mannheim, J. Bensheimer 1846."

und zwar durch die auf Seite 257 bis 261; befindliche Stelle dieſer Schrift, verübten Ehrenkränkung des Großherzoglichen Staatsminiſters von Böckh und des Großherzoglichen Geheimen Raths Jolly, Präſidenten des Großherzoglichen Juſtizminiſteriums, ſowie

3) der mittelſt derſelben Druckſchrift und zwar der auf Seite 13 und 185 bis 199 befindlichen Stellen verübten Ehrenkränkung des Großherzoglichen Staatsminiſters und Bundestagsgeſandten Freiherrn von Blittersdorf

ſchuldig zu erklären und wegen dieſen beiden Vergehen zu einer im Amtsgefängniſſe zu erſtehenden bürgerlichen Gefängnißſtrafe von drei Monaten ſowie zur Tragung der Unterſuchungs- und Straferſtehungskoſten zu verurtheilen, auch ſeien die als ſtrafbar bezeichneten Theile der erwähnten Druckſchrift, inſoweit noch Exemplare davon im Beſitze des Verfaſſers, Verlegers, Buchhändlers oder Druckers ſich finden oder ſonſt hinterlegt und noch nicht verkauft ſind, zu vernichten, endlich ſei gegenwärtiges Urtheil öffentlich anzuſchlagen.

B. R. W.

So geſchehen Mannheim den 2. April 1846.

K. Ammann.

II.

Rechtsſtreit über eine angebliche Pfarrcompetenz.

(Pfarrei Achern gegen den Fiskus.)

Der katholiſche Kirchenfiskus machte Namens der Pfarrei Achern in einer im Jahre 1812 erhobenen

Klage mehrere Anſprüche an den Großherzogl. Domainen-Fiskus geltend, insbeſondere einen ſolchen auf jährliche Lieferung von 500 Gebund Winterſtrohes von je 18 Pfund, beziehungsweiſe die Bezahlung des Preiſes hiefür.

Es wurde zur Begründung dieſer Forderung behauptet, daß das Stroh ein Averſum für das früher von der Pfarrei bezogene Aehrgeſchwing und Thenn-Röhret ſei, und daß das Bezugsrecht auf Vertrag, reſp. Anerkenntniß in einem Protokolle des churbadiſchen Hofrathscollegiums vom 1. Juni 1805, und hinſichtlich des Umfangs „auf der ſeit 1805 bis 1834 offen, rechtmäßig und unverändert beſtandenen Uebung (L.R.S. 6 d. u. ff.), mithin auf einem zur Begründung des angeſprochenen Rechtes vollkommen zureichenden Herkommen" beruhe. Außerdem ſtütze man das fragliche Recht auf 30jährige Verjährung, denn daſſelbe ſei als eine Laſt des früher dem Kloſter Allerheiligen gehörigen, auf den Großherzogl. Fiskus übergegangenen Zehnten, zu betrachten.

Die oben erwähnte Urkunde, welche klägeriſcher Seits in Abſchrift vorgelegt wurde, lautet dahin:

Auszug Karlsruher Hofrathsprotokolls vom 1. Juni 1805.

„Wurde verwilliget für das Aehrgeſchwing und Tennen-Röhret abzugeben dem Pfarrer in Unterachern

Fees 4 Vrtl.,
Stroh 500 Gebund,
ſtatt Holz — Korn 2 Vrtl.,

inſofern er nicht noch gütlich zu einiger Minderung herabgeſtimmt werden könne.

In Betreff des Unterhalts der Capläne werde der Amtskellerei (Oberkirch) aufgetragen, den Ortenau'ſchen Expoſitis zu erklären, daß man ſich auf ihr Geſuch nicht einlaſſen könne, bis ſie ꝛc."

Der Beklagte, Großherzogl. Domainenfiscus erklärte in der Vernehmlaſſung:

Es ſei richtig, daß das Hofrathscollegium am 1. Juni 1805 beſchloſſen habe, dem Pfarrer Conrad in Achern für das früher bezogene Aehrgeſchwing und Tennenröhret unter Anderm 500 Gebund Stroh aus ärariſchen Mitteln, jährlich zu verabfolgen. Allein es ſei dieſe Zuſicherung nur dem Pfarrer Conrad und nicht der Pfarrei geſchehen, und zwar aus dem ſehr einfachen Grunde, weil jener dieſe Bezüge (Abfälle in der Zehntſcheuer) nicht in ſeiner Eigenſchaft als Pfarrer, ſondern in ſeiner Eigenſchaft als Zehntaufſeher des Kloſters Allerheiligen zu beziehen gehabt habe. Letztere Eigenſchaft habe aber nach Aufhebung des gedachten Kloſters aufgehört und der Pfarrer keine Dienſte mehr zu leiſten gehabt. — Die dem Pfarrer demungeachtet gegebene Entſchädigung ſei deshalb ihrer Natur nach nicht auf die Nachfolger in der Pfarrei übergegangen, und wenn ſie dennoch auch den Nachfolgern gegeben worden, ſo ſei dieſes aus freier Willkür und ohne Rechtsverbindlichkeit geſchehen. — Wäre aber auch der Pfarrei ſelbſt durch obigen Hofrathsbeſchluß ein jährlicher Bezug von 500 Bund Stroh zugeſagt worden, ſo ſei nicht beſtimmt geweſen, daß ſie Stroh von der beſten Qualität — Winterſtroh — und ebenſo wenig, daß ſie gerade Bunde von 18 Pfund erhalten ſolle. Im Jahre 1805 ſei es in Achern üblich geweſen, die Bunde 16 Pfund ſchwer zu machen; dieſe Quantität müßte daher als zugeſichert betrachtet werden und die Pfarrei würde bezüglich auf L.R.S. 1246, 1022 nicht beſchwert ſein, wenn ſie die eine Hälfte des Quantums in Winter- und die andere in Sommerſtroh erhalte. Uebrigens werde widerſprochen, daß von 1805 bis 1834 immer Winterſtroh ad 18 Pfund der Pfarrei abgegeben worden ſei.

In der Replik wurde widerſprochen, daß die Entſchädigung nur dem Pfarrer und nicht der Pfarrei bewilligt worden, und daß das Aehrgeſchwing eine Belohnung des Pfarrers als Zehntaufſeher geweſen ſei; Letzteres mit dem Beifügen, daß der fragliche Bezug zum Pfarreinkommen gehört habe. Rückſichtlich der Qualität des Strohes wurde ſich wiederholt auf die bis 1834 beſtandene Uebung berufen.

Die Duplik enthält zu Beſtärkung der Behauptung, daß es im Jahr 1805 nur um Entſchädigung des Pfarrers ſich gehandelt habe, noch die Angabe: Dieſer Pfarrer, welcher das Verhältniß der Sache am beſten gekannt, habe am 14. Juli 1805 in einer Eingabe an die Amtskellerei Oberkirch erklärt:

„Ich kann mich bei der gegenwärtigen Lage, bei welcher 1) die zum Unterhalte der Capläne geſtifteten 200 fl. unrichtig eingehen, und 2) die Entſchädigung für die Tennenröhret nur von einer zeitlichen Dauer iſt, ſo lange nämlich ein Mitglied von dem ehemaligen Stifte Allerheiligen hier Pfarrer iſt, zu keiner Milderung meiner Anſprüche herabſtimmen laſſen." (Schluß folgt.)

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 17. Karlsruhe den 25. April 1846.

I.

Rechtsſtreit über eine angebliche Pfarcompetenz.

(Schluß.)

Das Gericht erſter Inſtanz legte am 26. Mai 1843 dem klagenden Theile den Beweis auf:

„Daß der Pfarrei Achern, als Entſchädigung für das früher bezogene Aehrgeſchwing und Tennenröhret durch Hofrathsbeſchluß vom 1. Juni 1805 jährlich 500 Bund Stroh zugeſichert und daß ihr dieſes Stroh bis zum Jahre 1834 nur in Winterſtroh, das Gebund zu 18 Pfund im Gewichte verabreicht worden ſei.“

Dieſer Beweis wurde durch Berufen auf den ſchon oben mitgetheilten Protokollauszug und hinſichtlich der Lieferung in der behaupteten Qualität und Quantität durch Berufen auf Zehntverpachtungsprotokolle und eine Anzahl Zeugen angetreten.

Nach geſchloſſenen Beweisverhandlungen erkannte das Gericht erſter Inſtanz am 28. Februar 1845 den Großherzoglichen Domainenfiskus für ſchuldig:

Die begehrten 500 Gebund Strohes, in Winterſtroh jedes Gebund in einem Gewichte von 18 Pfund, an die Klägerin abzugeben, beziehungsweiſe ihr jährlich nach den in den erſten drei Monaten nach der Erndte ſich berechnenden Durchſchnittspreiſen ohne Abzug zu bezahlen.

Die Gründe beſtanden darin: Obſchon in dem Hofraths-Protokoll-Auszuge nicht der Ausdruck „Pfarrei“ gebraucht wurde, ſo ſei doch die dort gebrauchte Bezeichnung „dem Pfarrer in Unterachern“ von ganz gleicher Bedeutung, indem wohl ſonſt der Name des damaligen Pfarrers beigeſetzt worden wäre, wenn die Verwilligung nur ſeiner Perſon hätte gelten ſollen. Werde hierbei aber in Erwägung gezogen, daß hier nach dem Inhalte der Urkunde ein Vertragsverhältniß vorliege und hierbei nach L.R.S. 1122 zu vermuthen ſei, daß man nicht bloß für ſich, ſondern auch für ſeine Rechtsfolger habe bedingen wollen, und daß ferner der Großherzogl. Fiskus durch ſeine bisherige Leiſtung dieſes Rechtsverhältniß ſelbſt nicht anders ausgelegt habe, ſo könne wohl nicht daran gezweifelt werden, daß die Verwilligung an die Pfarrei ſelbſt geſchehen ſei und geſchehen ſollte.

Durch Zeugen und Urkunden ſei dann der Beweis geliefert, daß die fraglichen 500 Bund Stroh immer in Winterſtroh und das Gebund in einem Gewichte von 18 Pfund geliefert wurde. Bei dieſem Herkommen habe es ungeachtet der L.R.S. 1246 und 1022 ſein Bewenden zu behalten, indem bezeugt worden ſei, daß der Großherzogliche Fiskus ſelbſt nie anderes Stroh, als Winterſtroh angenommen habe, alſo auch die Strohcompetenz in keinem andern Stroh hätte leiſten können.

Der Großherzogliche Domänenfiskus ergriff die Appellation an das Oberhofgericht und ſuchte in der Beſchwerdeſchrift namentlich nochmals die Veranlaſſung zu dem betreffenden Hofrathsbeſchluſſe, wie ſie ſchon in der Einredeſchrift angedeutet war, und die Auslegung, welche der Empfänger der Entſchädigung in der, in der Duplik erwähnten Eingabe ſelbſt jenem Beſchluſſe gegeben hatte, darzulegen, mit dem Bemerken, daß ungeachtet das Aufſeheramt des exponirten Kloſtergeiſtlichen und Pfarrers in Achern auf den Zehnten des Kloſters aufgehört hatte, ihm aus Rückſichten der Billigkeit die betreffende Entſchädigung bewilligt worden ſei.

Das Oberhofgericht erkannte am 22. Januar 1846 abändernd, daß die klägeriſche Forderung abzuweiſen ſei.

Digitized by Google

Gründe.

Was die 500 Gebund Stroh betrifft, ſo will der Anſpruch hierauf

1) zunächſt als perſönliches Recht der Pfarrei geltend gemacht werden, das ſich auf ein Protokoll des churbadiſchen Hofrathscollegiums vom 1. Juni 1805 gründet, deſſen Inhalt als ein „Vertrag reſp. Anerkenntniß“ bezeichnet wird. Ein Anerkenntniß iſt für perſönliche Verbindlichkeiten übrigens kein Rechtstitel, ſondern kann nur als Beweismittel dienen, daher hier nur der Titel des Vertrags in Betracht kommt.

Die Partheien ſtreiten darüber, ob in jener Urkunde die Conſtituirung einer Verbindlichkeit zum Vortheile der Pfarrpfründe, oder nur die einer Verbindlichkeit zum perſönlichen Vortheile des im Jahre 1805 in Achern angeſtellt geweſenen Pfarrers enthalten ſei.

Die zweite Meinung muß als die richtigere angeſehen werden. Der Hofrathsbeſchluß iſt nämlich an eine Amtskellerei gerichtet und enthält nach dem Sinne des Schluſſes der Urkunde zunächſt den Auftrag, mit dem Pfarrer darüber zu unterhandeln, ob er nicht für das Aehrgeſchwing und Tennenröhret ſich mit weniger als 500 Gebund Strohes abfinden laſſe. Nur für den Fall der Weigerung des Pfarrers iſt die betreffende Entſchädigung bewilligt. Daraus aber allein ſchon, daß man mit dem Pfarrer in Perſon unterhandelte, und dieſer disponirt werden ſollte, ſeine Prätenſion herabzuſetzen und ſich mit einem Minus zu begnügen, erhellt, daß blos das perſönliche Intereſſe des Pfarrers in Frage war. Denn nach der zu obgedachter Zeit ſchon maßgebenden katholiſchen Kirchen-Commiſſions-Ordnung vom 31. October 1803, insbeſondere deren §§. 89 u. 90, würde, wenn es ſich um Vertretung der Pfründe überhaupt und insbeſondere in Anſprüchen derſelben dem Großherzoglichen Fiskus gegenüber, namentlich aber bei einem, zu Abwendung von Rechtsſtreiten, einzugehenden Vergleiche gehandelt hätte, jene Vertretung nur der obern Kirchenbehörde zugeſtanden ſein, was doch zuverläßig das Hofrathscollegium und der Pfarrer wußten.

Außerdem enthält auch die Urkunde ſchon ihrem Wortlaute nach nur eine Verwilligung für den Pfarrer, worunter der damalige Pfarrer zu verſtehen war, weil das Prädicat „jeweiligen“ nicht dabei gebraucht wurde, und nach der zur Zeit der Abfaſſung des Hofrathsprotokolls üblichen Sprachweiſe der Ausdruck „der Pfarrer“ nicht identiſch mit der im Genuſſe des Pfarrers befindlichen Pfründe, der Pfarrei, geweſen iſt.

Mit dieſer Auslegung des Vertrags ſtimmen die Interpretations-Regeln des älteren Rechts, wie des Landrechtes vollkommen überein.

Vergl. Thibaut Pandecten §§. 53, 51.

L.R.S. 1156 a. 1162.

2) Eventuell behauptete die Klägerin, der Bezug der fraglichen 500 Gebund Strohes von Seite der Pfarrei ſei eine Laſt des vom Kloſter Allerheiligen beſeſſenen, auf den Großherzoglichen Fiskus übergegangenen Zehntrechtes. Es will alſo damit ein dingliches, eine Art Nutzungsrecht, verfolgt werden. Allein dem ſteht gerade die zuvor geltend gemachte Urkunde entgegen, indem dieſe nur ein perſönliches Recht, d. h. das Recht zum Bezug einer Quantität Strohes ohne alle Rückſichtsnahme auf eine Liegenſchaft oder ein liegenſchaftliches Recht, dem ſie ankleben ſoll einräumt. — Sollte der Bezug des Aehrgeſchwings ꝛc. eine dingliche Laſt des Zehnten geweſen ſein, worüber jedoch alle Begründung in der Klage fehlt, ſo würde jeden Falls durch den Vertrag, bei günſtigſter Auslegung deſſelben für die Klägerin, eine Rechtswandlung dahin eingetreten ſein, daß der früher zu obigen Emolumenten Berechtigte nunmehr mit Stroh ſich begnügen müßte, das der Großherzogliche Fiskus wo immer her anſchaffen könnte.

Die Ausdrücke „Aehrgeſchwing“ und „Tennenröhret“ zeigen übrigens ſchon an, daß der Genuß, welcher dem Pfarrer im Jahre 1805 unter jenen Namen zugeſtanden haben ſoll, ſich nur auf Abfälle von Früchten und dem dazu gehörigen Stroh erſtreckte, und zwar auf ſolche Abfälle, welche an dem Aufbewahrungsort, von deren Aehren und den Röhren (dem Strohe) zurückblieben. Es wurde alſo nur von ſolchen Früchten bezogen, welche ſchon von den, dem Zehnten unterworfenen Feldern ſeparirt, auf einer Tenne oder in einer Scheune ſich befanden, daher nicht mehr die Natur des Zehnten, ſondern die eines bloßen (gewöhnlichen) Eigenthumsſtückes des Kloſters Allerheiligen hatten, hinſichtlich deſſen es auf den Erwerbtitel nicht ankam. Unter dieſen Umſtänden ſpricht alle Wahrſcheinlichkeit für die Behauptung des Beklagten, daß der im Jahre 1805

Digitized by Google

in Achern befindliche Pfarrer, als Expoſitus des Kloſters Allerheiligen, deſſen Zehntaufſeher in einem Bezirke war, und in dieſer alleinigen Eigenſchaft zur Belohnung für die ihm durch dieſes Nebengeſchäft erforderlichen Bemühungen die fraglichen Abfälle bezog, ſein Geſchäft mit Säcnlariſirung des Kloſters und dem Uebergange des Kloſterzehntens an den Fiskus aufhörte und nunmehr nur die Verbindlichkeit eintrat, den damals vorhandenen Pfarrer für den zugleich ſiſtirten Genuß obigen Emoluments zu entſchädigen, ihn gewiſſermaßen als Zehntbeamten des Kloſters zu penſioniren, ohne daß der Pfarrdienſt ſelbſt dabei irgend in Betracht kam, da dieſer für ein früheres, beſonders beſoldetes Nebengeſchäft ſeines Inhabers keine Anſprüche zu machen hatte. — Würde nun nicht ſchon nach dem früher Ausgeführten die Klage als unbegründet ſich darſtellen, ſo müßte hinſichtlich der obenerwähnten, von der Klägerin widerſprochenen Thatſachen, für welche ſich noch eine Unterſtützung in den am 8. Juni 1842 erhobenen Depoſitionen der klägeriſchen Seits vorgeſchlagenen Zeugen Ignaz Kreitler, Joſeph Graf und Altſchullehrer Klar findet (da hiernach das Kloſter Allerheiligen ſeine Zehntfrüchte in die Pfarrſcheune in Achern bringen, dort dreſchen und auf dem Pfarrſpeicher aufbewahren ließ), auf Beweis erkannt werden, was aber den vorwaltenden Umſtänden nach umgangen werden kann, zumal es als unerheblich erſcheint, wenn, wie Klägerin anführt, von Seite des Beklagten auch den Pfarrnachfolgern desjenigen Geiſtlichen, welchem im Jahre 1805 die Verwilligung geſchah, die Leiſtung noch fortgeſetzt worden ſein ſoll; da ein perſönliches Recht, als welches ſich der Strohbezug nach dem Hofrathsprotokolle darſtellt, durch Verjährung für die Pfarrpfründe nicht ſich erwerben ließ und die bloße Thatſache der Leiſtung an die Pfarrnachfolger und die Empfangnahme durch dieſe zwar wohl die Möglichkeit der Rückforderung, als indebitum, ausſchließen, aber nicht als ein ſtillſchweigendes Uebereinkommen zwiſchen dem Beklagten und der Pfarrei Achern, für den Fiskus namentlich ſeine Leiſtung nicht als Einwilligung (S. 1108 b.) zur immerwährenden Abgabe des Strohes an den jeweiligen Pfründnießer, angeſehen werden könnte.

Kirn.

II.

Oberhofgericht.

1) Iſt die Verſilberung einer falſchen Münze als Münzfälſchung anzuſehen?

2) Was gehört zum Thatbeſtande der Münzfeilſchaft?

Ein lediger Purſche, welcher bei einem Silberarbeiter als Hausknecht diente, gelangte in den unentgeldlichen Beſitz eines falſchen Fünffrankenthalers, welchen er in der Werkſtätte ſeines Herrn auf beiden Seiten kalt verſilberte, um ihn deſto beſſer als ächten anbringen zu können.

Nachdem dieſes geſchehen war, erſuchte er ſeinen Kameraden, in einem Laden zwei Cigaren für ihn zu kaufen und bei dieſer Gelegenheit den Thaler, deſſen Unächtheit er verſchwieg, wechſeln zu laſſen. Die Münze wurde jedoch von dem Commis, welcher die Cigaren hergab, auf den erſten Blick als falſch erkannt und nicht angenommen.

Gleichwohl hielt das Hofgericht den gedachten Purſchen der Münzfälſchung für ſchuldig und verurtheilte denſelben zu einer Zuchthausſtrafe von vier Jahren, weil jede Handlung, welche dazu diene, einem Stück Metall den Schein einer ächten Münze von einer gewiſſen Sorte zu geben, und folglich auch die Verſilberung eines falſchen Fünffrankenthalers, einen Theil der Fertigung dieſer falſchen Münze ausmache; weil ferner das Verbrechen dadurch, daß der Angeſchuldigte jenen Thaler ausgeben d. h. zur Zahlung anbieten ließ, — wodurch er von demſelben Gebrauch gemacht habe — nach den §§. 47 und 48 lit a. und b. des Strafedicts als vollendet erſcheine.

Indeſſen wurde die Strafe nicht nach lit. a. ſondern nach lit. g. und b. des §. 47 bemeſſen, weil der Gerichtshof von der Anſicht ausging, daß der Geſetzgeber bei dieſer Strafbeſtimmung vorzugsweiſe nur den Fertiger falſcher Münze mittelſt Beibringung des nachgemachten Münzſtempels im Auge gehabt habe.

Der Angeſchuldigte recurrirte. Sein Anwalt trug im Weſentlichen vor: Nur derjenige ſei Falſchmünzer, welcher Geld präge, d. h. einem Metallſtück den Stempel aufdrücke, um ihm das Anſehen einer ächten Münze zu geben, oder welcher dazu in irgend einer Weiſe mithelfe. Dagegen könne die allein ſtehende Handlung der Verſilberung eines Fünffrankenſtücks den objectiven Thatbe-

Digitized by Google

ſtand der Falſchmünzerei nicht ausmachen, wie ſich aus Art. 111 C.C.C. ergebe; es habe dadurch der fragliche Thaler nicht einmal den Schein einer ächten Münze erhalten.

Auch eine Münzfeilſchaft liege nicht vor, weil dazu das Ausgeben einer Mehrheit von Münzen oder das gewerbsmäßige Betreiben des Ausgebens falſcher Münzen gehöre.

Annalen 8. Jahrg. Nr. 37 und 9. Jahrg. Nr. 25. Jahrbücher, N. F. V. Jahrg. S. 588.

Es liege daher dem Recurrenten nur ein verſuchter Betrug zur Laſt, weil der Thaler, welchen er in betrügeriſcher Abſicht ausgegeben, nicht angenommen und alſo Niemand benachtheiligt worden ſei. Die Analogie der Urkundenverfälſchung, welche ſchon als vollendet betrachtet werde, wenn von der falſchen Urkunde durch Vorlegung derſelben vor Gericht Gebrauch gemacht worden, erſcheine hier als unſtatthaft, weil dieſe Beſtimmung eine ſinguläre und weil das für den vorliegenden Fall maaßgebende Geſetz (Strafedict §. 47) durch ſich ſelbſt klar ſei.

Außerdem hob der recurrentiſche Anwalt noch einige Milderungsgründe hervor und ſtellte hiernächſt, mit Bezug auf die Annalen von 1836 S. 257 den Antrag, daß gegen den Inculpaten nur eine mehrwöchentliche Dunkelarreſtſtrafe erkannt werden möge.

Durch abänderndes Erkenntniß des Großh. Oberhofgerichts vom 28. Februar l. J. wurde Recurrent blos der verſuchten Münzfeilſchaft für ſchuldig erklärt und dafür zu einer Zuchthausſtrafe von ſechs Monaten verurtheilt.

Gründe.

Wenn mehrere Perſonen zur Fertigung unächter Münzen in der Weiſe zuſammen wirken, daß z. B. der eine das Prägen oder Gießen und der andere das Verſilbern oder Vergolden derſelben beſorgt, ſo kann es keinen Zweifel unterliegen, daß ſich Jeder dieſer Theilnehmer der Münzfälſchung in gleichem Maaße ſchuldig macht.

Wer dagegen ohne erweisliche Verbindung mit den Verfertigern, ſich falſche Münzen in gewinnſüchtiger Abſicht verſchafft, um ſie als ächte abzuſetzen, der begeht, im Fall der Annahme, das Verbrechen der Feilſchaft. Im anderen Falle, wenn nämlich die Annahme verweigert und alſo Niemand in Nachtheil verſetzt wird, liegt nur ein Verſuch der Feilſchaft vor, weil zu ihrer Vollendung nothwendig ein dritten Perſonen zugefügter Schaden erfordert wird, nach welchem die Strafe zu bemeſſen iſt. Einen ſolchen Verſuch ließ ſich Recurrent in der Art zu Schulden kommen, daß er durch Vermittlung des G. A. Hartmann einen falſchen Fünffrankenthaler ausgab, nachdem er ſolchen vorher zum Theil verſilbert hatte. Dieſes Verſilbern eines von unbekannter Hand geprägten Thalers iſt, bei der Unzuläßigkeit einer ausdehnenden Interpretation der Strafgeſetze, der Prägung oder Fertigung deſſelben in keinem Falle gleichzuachten, da ſolches, ohne allen Verkehr mit dem unbekanten Falſchmünzer ſelbſt, lediglich zum Zweck der Verpartirung geſchah, weil die Münze, als ſie in den Beſitz des Recurrenten kam, nach den übereinſtimmenden Ausſagen mehrerer Zeugen ſo kupferfarbig und roth ausgeſehen hat, daß damit ſelbſt der Unerfahrenſte nicht leicht hätte getäuſcht werden können.

Nicht um der Münze einen höheren als den durch das Gepräge angezeigten Gehalt zu verſchaffen, ſondern um ihr den Anſchein eines ächten Fünffrankenthalers zu geben, iſt die Verſilberung derſelben geſchehn. Wie unvollſtändig übrigens der desfallſige Verſuch dem Recurrenten gelungen iſt, hat der Erfolg ſogleich gezeigt, indem der fragliche Thaler von C. Bernhard, welcher damit getäuſcht werden ſollte, auf der Stelle als falſch erkannt wurde. Es läßt ſich daher mit Grund annehmen, daß das von dem Recurrenten angewendete Täuſchungsmittel nicht geeignet war, Jemanden zu betrügen. Iſt dieſes aber der Fall, ſo kann auf die desfallſige Manipulation des Recurrenten kein rechtliches Gewicht gelegt werden.

Uebrigens gehört zum Thatbeſtand der Münzfeilſchaft nach der richtigeren Anſicht keineswegs das gewerbsmäßige Ausgeben einer Mehrheit von falſchen Münzen, indem hiebei lediglich der Schaden, welcher dadurch verurſacht wird, in Betracht kommt. Auch finden die im Strafedict §. 48 unter lit. a. b. und g. von dem Gebrauch falſcher Urkunden aufgeſtellten Grundſätze ihrer ſingulairen Natur wegen auf den vorliegenden Fall keine analoge Anwendung. Die Handlung des Recurrenten erſcheint demnach als eine begonnene verhinderte That, weil C. Bernhard den augenblicklich für falſch erkannten Thaler nicht als Zahlung angenommen, und dadurch den vom Recurrenten beabſichtigten Betrug vereitelt hat.

Digitized by Google

Bei einem ſo gearteten Verſuch iſt dem Richter geſtattet, von der ordentlichen Strafe, welche nach §. 47 lit. e. in zweijährigem Zuchthaus beſtehen würde, verhältnißmäßig herabzuſteigen. Man hat daher, da bei der geiſtigen Beſchränktheit des ſeit dem zweiten Dezember v. J. ungebührlich verhafteten Recurrenten jedenfalls eine geringere Einſicht und mindere Bosheit des Willens zu unterſtellen iſt, mit Rückſicht auf die §§. 93 und 94 des Strafedicts die in vorſtehendem Urtheil ausgeſprochene Strafe für angemeſſen erachtet.

Da jedoch, ſelbſt vor dem Eintritt des Geſetzes vom 25. November 1831 (Regbl. Nr. 30) nach §. 36 des Strafedicts in dem vorliegenden Falle keine körperliche Züchtigung zu dictiren geweſen wäre, weil die Münzfeilſchaft nicht mit einer bürgerlichen oder polizeilichen Correction, ſondern mit peinlicher Strafe bedroht iſt, ſo kann dermalen von Erkennung einer Dunkelarreſtſtrafe um ſo weniger die Rede ſein, als das Phyſikat den Recurrenten nicht für unfähig erklärt, die Zuchthausſtrafe zu erſtehen. A. d. Gr. ꝛc.

Die in der Recursinſtanz erkannte Strafe wurde zudem aus höchſter Gnade in bürgerliches Gefängniß von acht Wochen verwandelt. D. R.

III.

Gerichtsſtand bei Ganten. Anziehende Kraft des Gantproceſſes.

Die Gerichtsbarkeit des Gantgerichtes läßt ſich einfach aus dem Grund und Zweck des Gantverfahrens beſtimmen. Nur wenn das Vermögen des Schuldners nicht hinreicht, ſämmtliche Gläubiger zu befriedigen, ſoll Gant eröffnet, und durch das Gantverfahren ſoll bewirkt werden, daß jeder Gläubiger aus dem unzulänglichen Vermögen ſo viel erhalte, als er im Verhältniß zu den Mitgläubigern rechtlich anzuſprechen hat. Dieſe Nothwendigkeit, das den Gläubigern anerfallene Vermögen als eine Einheit zu betrachten und nach rechtlicher Gleichheit unter ſie zu vertheilen, führt dahin, daß Einem Gerichte das ganze Geſchäft übertragen, daß dieſem Gerichte eine allgemeine und zugleich ausſchließende Zuſtändigkeit eingeräumt werden muß, alle Anſprüche an die Gantmaſſe zu prüfen, die Rangordnung unter den Gläubigern feſtzuſtellen und zu beſtimmen, ob und welche Befriedigung ein jeder zu erhalten habe.

Hierdurch ſind aber auch zugleich die Grenzen der Zuſtändigkeit des Gantgerichts bezeichnet. Wie alle Anſprüche an das Maſſevermögen vor ſein Forum gehören, ſo hat es ſich auch nur mit ſolchen zu beſchäftigen und nur inſoweit dieſelben eine Beziehung zu der Gantmaſſe haben. In allem Uebrigen iſt das Gantgericht als ſolches unzuſtändig, und es bleibt bei den allgemeinen Regeln.

Von dieſen Grundſätzen geht auch die Proceßordnung offenbar aus. In §. 813 beſtimmt ſie: „für die allgemeine Gant iſt dasjenige Gericht zuſtändig, bei welchem der allgemeine Gerichtsſtand des Schuldners begründet iſt," dann ſchreibt ſie weiter vor: das Gantgericht hat ſich des Vermögens des Gemeinſchuldners zu verſichern (§. 825), daſſelbe durch den Maſſepfleger verwalten zu laſſen (§. 840) und die Gläubiger zu bezeichnen, welche und in wie weit ſie ihre Befriedigung aus der Maſſe zu erhalten haben (§. 923. 926); bei dieſer Vertheilung dürfen nur ſolche Gläubiger berückſichtigt werden, welche ihre Forderungen bei dem Gantgericht angemeldet und ein günſtiges Urtheil erwirkt haben (§. 894. 926), wogegen alle diejenigen, welche die Anmeldung unterlaſſen haben, von der Maſſe ausgeſchloſſen werden (§. 857. 938) und nicht einmal eine ſchon vor der Ganteröffnung erwirkte Vollſtreckungshandlung für ſich fortſetzen laſſen können (§. 837).

Es iſt alſo die Univerſalität des Gantgerichts anerkannt, und ausgeſprochen, daß kein anderes Gericht irgend eine Verfügung über die Gantmaſſe treffen oder Befriedigung aus derſelben verſchaffen könne; es iſt aber auch durch die nähere Angabe, worin die Thätigkeit des Gantgerichtes zu beſtehen habe, gezeigt, und geht aus den ſpecielleren Vorſchriften klar hervor, daß alle Ausnahmsbeſtimmungen lediglich das eigentliche Gantverfahren und die Beziehungen zur Gantmaſſe zum Gegenſtand haben und nicht auf andere Verhältniſſe ausgedehnt werden dürfen.

Wendet man dieſe kaum zu beſtreitenden Grundſätze auf die verſchiedenen in Ganten vorkommenden Fälle an, ſo dürften ſich folgende Reſultate ergeben:

1) Wer irgend einen Anſpruch an das Maſſevermögen machen will, muß denſelben bei dem Gantgerichte erheben, alle beſondern Gerichtsſtände, welche ſonſt mit dem allgemeinen Gerichtsſtande concurriren würden (§. 39

Digitized by Google

der Proceßordnung), hören mit dem Tag der Ganteröffnung auf, es erliſcht das Wahlrecht des Klägers (§. 40 der Proceßordnung) und es iſt darum auch das Gantgericht allein zuſtändig, die Verhandlungen zu pflegen und die Entſcheidung zu geben.

2) Waren jedoch Proceſſe zur Zeit der Ganteröffnung bereits anhängig, ſo bedarf es einer neuen Klagerhebung nicht, denn die Ganteröffnung bewirkt nur, daß das Gläubigerconſortium als Rechtsnachfolger an die Stelle des Gantmannes tritt, ſie zerſtört aber nicht die beſtehenden Rechtsverhältniſſe, und ſomit können auch anhängige Proceſſe nicht mit ihren Wirkungen erlöſchen, ſondern ſie müſſen nur angemeldet und dann in dem Stande fortgeſetzt werden, in welchem ſie ſich befinden, §. 801 der Proceßordnung. Man müßte ſonſt annehmen, daß auch Proceſſe, die bereits in höherer Inſtanz anhängig ſind, an das Gantgericht zurückgewieſen und da neu verhandelt werden müſſen, was ohne allen Zweifel unſtatthaft wäre.

3) Tritt aber nur in der Perſon des Beklagten und nicht auch in dem Rechtsverhältniß ſelbſt und in der proceſſualiſchen Lage der Sache eine Aenderung ein, ſo folgt daraus weiter, daß der Proceß, wenn er bei einem andern Gerichte anhängig war, dieſem nicht entzogen werden kann, um vor das Gantgericht gebracht zu werden. Denn nach §. 44, 257 Nr. 5 der Proceßordnung dauert die Gerichtbarkeit des Gerichtes, welches ſich der Sache einmal bemächtigt hat, für dieſe Sache bis zu deren Beendigung fort, und die Eigenthümlichkeit des Gantverfahrens rechtfertigt eine Abweichung von dieſem Grundſatze nicht, ſie macht wohl die Anmeldung der Forderung bei dem Gantgerichte nothwendig, damit dieſelbe bei Vertheilung der Maſſe berückſichtigt werde, ſie ſchließt aber die Zuläſſigkeit der Fortverhandlung und Entſcheidung der Sache durch das andere Gericht nicht aus.

Von den Lehrern des gemeinen Rechts glaubten zwar Einige aus dem Umſtande, daß das Concursgericht eine vollſtändige Kenntniß und Ueberſicht aller Forderungen erhalten müſſe, weil es ſonſt außer Stand ſei, jeder einzelnen Forderung den gebührenden Platz im Claſſificationsurtheile und im Diſtributionsbeſcheide anzuweiſen, — ableiten zu müſſen, daß auch die ſchon vorher gegen den Gemeinſchuldner angeſtellten Proceſſe, ſie mögen vor dem Concursgericht oder anderswo anhängig ſein, von der Zeit des ausgebrochenen Concurſes an aufhören und an das Concursgericht abgegeben werden müſſen, welches dieſelben übrigens in dem Zuſtande an ſich ziehe, in welchem ſie zur Zeit der Eröffnung des Concurſes waren.

Kori, Syſtem des Concursproceſſes II. Ausg. §. 21.
Thibaut, Pandektenrecht VII. Ausg. §. 1024.

Allein mit Recht entgegnet von Bayer in ſeiner Theorie des Concursproceſſes II. Aufl. S. 89, 156 Anm. 4: „Aus dieſem Grunde folgt nicht mehr, als daß

1) jeder Gläubiger, welcher bereits bei einem andern Gerichte geklagt hatte, auch bei dem Concursgerichte im Liquidationstermine erſcheinen, ſeine Forderung gehörig anmelden, und ſeiner Zeit durch die Produktion des für ihn ergangenen Urtheils liquidiren,
2) über die Priorität ſeines Anſpruches bei dem Concursgerichte verhandeln, und
3) dortſelbſt auch ſeine Befriedigung aus der Maſſe ſuchen muß. Keineswegs folgt aber auch daraus, daß die Streitacten von dem judex litis pendentis an das Concursgericht abgegeben werden müſſen."

Dieſer Anſicht ſind auch:

Schweppe, Syſtem des Concurſes der Gläubiger III. Aufl. S. 188.
Linde, Lehrbuch des Civilproceſſes III. Ausg. §. 434.

Es wird daher das zuerſt angegangene Gericht, der Ganteröffnung ungeachtet, die bei ihm anhängigen Proceſſe fortzuſetzen und zu entſcheiden haben, und es wird bei uns, wie nach gemeinem Rechte, genügen, wenn der Kläger, um Befriedigung aus der Gantmaſſe zu erlangen, ſeinen Anſpruch, vorbehaltlich der Nachbringung eines denſelben anerkennenden rechtskräftigen Urtheils, in der Liquidationstagfahrt bei dem Gantgerichte anmeldet, und zugleich da ſein etwaiges Vorzugs- oder Unterpfandsrecht begründet und nachweiſt. —

4) Die allgemeine und ausſchließende Gerichtsbarkeit des Gantgerichts kann ferner nicht den Sinn haben, daß auch ſolche Sachen, die durch das Geſetz an beſondere Gerichte verwieſen ſind, in Folge der Ganteröffnung vor dem Gantgericht verhandelt und entſchieden werden ſollen. Nur ſolche beſondern Gerichtſtände, welche ſonſt mit dem allgemeinen Gerichtsſtande des Wohnſitzes concurriren würden, ſollen aufhören; ein beſonderes Gericht, vor welches das Geſetz gewiſſe Gattungen von Rechtsſtreitigkeiten unbedingt und mit Ausſchluß des Wahlrechts des

Digitized by Google

Klägers verweiſt, kann dagegen durch die Ganteröffnung nicht beſeitigt werden.

Es müſſen ſonach Streitigkeiten zwiſchen Handelsgeſellſchaftern in Geſellſchaftsangelegenheiten ſtets durch Schiedsrichter entſchieden (H.R.S. 51), Lehenſachen vor das Lehengericht gebracht werden, §. 41 der Proceßordnung. Regierungsblatt von 1812 Nr. XIV.

Nur hat die Vergantung des Schuldners auch hier die Wirkung, daß die Forderung, behufs der Befriedigung aus der Gantmaſſe, bei dem Gantgerichte angemeldet werden muß.

5) Da ſich das Gantgericht lediglich mit den Anſprüchen an das Maſſevermögen zu beſchäftigen hat, auch die Gläubiger nur in Bezug auf dieſes an die Stelle des Gantmannes treten, ſo iſt daſſelbe nicht zuſtändig:

a. bei Proceſſen, welche bloß das perſönliche Verhältniß des Gantmannes berühren, z. B. bei Standesklagen und bei Klagen auf Vermögensabſonderung. Hier kann der Natur der Sache nach nie die Gantmaſſe, ſondern ſtets nur der Gantmann ſelbſt belangt werden.

Bei Klagen auf Vermögensabſonderung wurde zwar häufig eine Betheiligung der Gläubiger unterſtellt, weil man annahm, daß die Ehefrau ihr Beibringen nicht aus der Gantmaſſe herausziehen könne, ſo lange die Gütergemeinſchaft nicht aufgehoben ſei. Da aber jetzt die Anſicht wohl feſtſteht, daß der Ehefrau eines Gantmannes wegen der Beſtimmung des §. 835 der Proceßordnung unbedingt das Recht zukomme, ihre Eheſteuer oder ihr Beibringen auch während der Dauer der Gemeinſchaft aus der Gantmaſſe zurückzuverlangen, ſo läßt ſich kein Grund denken, warum die Abſonderung des Vermögens bei dem Gantgerichte nachgeſucht werden ſollte. Sie äußert ihre Wirkung lediglich dem Ehemann gegenüber, indem ſie nur zur Folge hat, daß in Zukunft das Vermögen beider Ehegatten völlig getrennt und das zurückgeforderte Beibringen der Verwaltung des Mannes entzogen ſein ſolle; die Rechte der Gläubiger werden dadurch in keiner Weiſe berührt.

Annalen von 1842 Nr. 51 I.

Von dieſer Anſicht ging auch das Hofgericht des Unterrheinkreiſes in einem neueren Falle aus, in welchem es die Klage der Ehefrau auf Vermögensabſonderung von der Liquidation ihrer Beibringensrückforderung getrennt verhandelte und nur bei der Letztern den Gantanwalt als den geſetzlichen Vertreter des beklagten Theils erkannte, bei der Erſtern dagegen eine Betheilung der Gantmaſſe nicht annahm.

b. Das Gantgericht iſt ferner nicht zuſtändig bei Proceſſen, welche nicht in die Gantmaſſe fallende Vermögenstheile des Gantmannes zum Gegenſtand haben, z. B. wenn bei einer nur gegen das Allodialvermögen eines Grundherrn erkannten Gant die Ablöſung einer auf dem lehnbaren Zehnten ruhenden Laſt verlangt wird. Denn die Zehntlaſt kann nur mit dem Zehnten ſelbſt zur Ablöſung kommen und das Laſtencapital ſoll nach §. 4 des Zehntablöſungsgeſetzes ſtets aus dem Zehntablöſungscapital bezahlt werden; es kann daher auch nur an den gefordert werden, welcher dieſes zu beziehen und darüber zu verfügen hat, alſo nur an den Lehnherrn und nicht an die Allodialgantmaſſe, welche auf das Zehntablöſungscapital keinen Anſpruch hat, ſondern nur die Zinſen daraus erhält. —

6) Wo ein gemiſchtes Verhältniß vorliegt, d. h. die Forderung zugleich die Perſon des Gantmannes und ſein Vermögen berührt, neben den von der Gantmaſſe ausgeſchiedenen zugleich in dieſelbe fallende Vermögenstheile zum Gegenſtand hat, da wird dem Gantgerichte die Entſcheidung nur inſoweit zukommen, als es ſich um das Verhältniß des Klägers zu den an die Stelle des Gantmannes getretenen Gantgläubigern und um Anſprüche an die Gantmaſſe handelt und wird ſeine Zuſtändigkeit zu Entſcheidung der übrigen Fragen weder durch Prävention noch durch Prorogation begründet werden können, weil beide nur zuläſſig ſind, wo das Gericht an ſich zuſtändig wäre, das Gantgericht als ſolches aber nicht in dieſer Lage iſt.

Beſteht hiebei eine materielle Connexität der Rechtsverhältniſſe in der Art, daß die nicht vor das Forum des Gantgerichts gehörige Sache für die Entſcheidung der übrigen präjudiciell iſt, ſo wird, falls die Präjudicialfrage bei dem zuſtändigen Gerichte zugleich anhängig iſt, deſſen Entſcheidung auch für die Gant maßgebend ſein, und wird das Gantgericht bis dahin die Verhandlung hierüber ausſetzen können. Iſt dagegen die Hauptſache bei einem andern Gerichte nicht anhängig, ſo wird immerhin jeder der ſtreitenden Theile verlangen können, daß vorerſt eine Entſcheidung hierüber erwirkt werde, und daß die Verhandlung bei dem Gantgerichte bis dahin beruhe, es

ſei denn daß die Vorfrage nur von den Gantgläubigern und nicht auch von dem Gantmanne und den ſonſt Betheiligten beſtritten werde, in welchem Falle natürlich der beſondere Austrag keinen Zweck haben würde.

Stabel, Vorträge über den bürgerlichen Proceß §. 21.

Kann der Streit über die Präjudicialfrage nicht zum beſondern Austrag verwieſen werden, oder wird ein Antrag hierauf nicht geſtellt, ſo kann zwar gewiß auch das Gantgericht darüber verhandeln und entſcheiden, aber immer nur als über einen Incidentpunkt und nur mit der Wirkung, daß die Gantmaſſe dadurch verpflichtet oder befreit wird; keinenfalls kann aber die Entſcheidung auch über die Dauer der Gant hinaus, oder gegen das nicht vergantete Vermögen eine Wirkung äußern.

Dieſes gemiſchte Verhältniß kommt insbeſondere bei den gegen das Allodialvermögen von Grundherrn erkannten Ganten nicht ſelten vor, wenn auf den Lehenerträgniſſen ruhende Laſten, namentlich Zehntlaſten liquidirt werden. Da der Ertrag des Lehenvermögens und alſo auch des Zehnten in die Allodialmaſſe fällt, unterliegt es keinem Zweifel, daß dieſe auch die Laſten übernehmen muß, und daß der Gläubiger, welcher aus der Maſſe Befriedigung will, ſeine Forderung bei dem Gantgerichte anmelden muß; ebenſo daß dieſes über den Geldwerth der jährlichen Leiſtung, über das gegenwärtige Bedürfniß des Berechtigten, oder dergleichen unbedingt zu entſcheiden hat. Die Entſcheidung der Frage aber, ob die Laſt überhaupt auf dem Lehen ruhe, und ob ſie den angeſprochenen Umfang habe, gehört nicht vor das Gantgericht, und wenn ſie gleichwohl zur Erörterung kommen muß, da ſie präjudiciell für den Anſpruch an die Allodialmaſſe iſt, wird es in den meiſten Fällen am Zweckmäßigſten ſein, ſie beſonders auszutragen. Wo die Ablöſung der Zehntlaſten bereits begonnen hat, muß ohnehin deren Vorhandenſein und Umfang genau ermittelt werden, und es müßte, da das Erkenntniß des Gantgerichts nur der Allodialmaſſe und nicht auch dem Lehen gegenüber eine Wirkung äußert, behufs der Ablöſung eine nochmalige Verhandlung über dieſelbe Frage vor dem Lehengerichte ſtattfinden.

Nach den hier entwickelten Grundſätzen wurde von dem Hofgericht des Unterrheinkreiſes in folgendem Falle verfahren:

Nachdem gegen das Allodialvermögen des Freiherrn L. v. G . . . Gant erkannt war, erhob die Gemeinde D . . bei dem Amt N . . gegen die Geſammtgrundherrſchaft v. G . . . eine Klage, in welcher ſie die Verbindlichkeit zur Anſchaffung und Unterhaltung des benöthigten Faſelviehs als eine Laſt des der Grundherrſchaft auf der Gemarkung von D . . . zuſtehenden Zehnten in Anſpruch nahm und verlangte, daß dieſe Zehntlaſt mit dem Zehnten abgelöst werde. In der Liquidationstagfahrt meldete ſie ihren Anſpruch auch bei dem Gantgericht an und ſtellte den Antrag, daß die Gantmaſſe als Bezieherin der Lehensrevenüen angehalten werde, das Faſelvieh während der Dauer der Gant zu unterhalten, und wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit in den letzten Jahren Entſchädigung zu leiſten. Die Gemeinde berief ſich dabei auf die wegen des Vorhandenſeins und Umfangs der Laſt bei dem Amt anhängige Klage, bat, die dort ergehende Entſcheidung auch für den bei dem Gantgericht angemeldeten Anſpruch maßgebend ſein zu laſſen, und begründete nur eventuell das Recht ſelbſt.

Der Gantanwalt beſtritt die Zuläſſigkeit des Begehrens, daß die Entſcheidung in dem bei dem Amt anhängigen Proceſſe ein Präjudicialpunkt für die Verbindlichkeit der Maſſe ſein ſolle, indem er die anziehende Kraft des Gantproceſſes und den Umſtand geltend machte, daß der Gantrichter über alle Anſprüche an die Maſſe in einem Urtheile zu entſcheiden habe. Es wurde verfügt, daß der Gemeinde die Beibringung eines die Verbindlichkeit des grundherrlichen Zehnten zu Unterhaltung des nöthigen Faſelviehs für die Gemeinde D . . anerkennenden Urtheils des Lehngerichts vorzubehalten und die Verhandlung hierüber bei dem Gantgerichte auszuſetzen ſei.

Gründe.

Die Gemeinde D . . hat gegen die Geſammtgrundherrſchaft von G . . . eine Klage auf Anerkennung der auf dem Zehnten ruhenden Verbindlichkeit zu Unterhaltung des nöthigen Faſelviehs bei dem Amt N . . . angeſtellt. Da dieſe Klage lediglich eine Laſt des Lehens zum Gegenſtand hat, über das Lehenvermögen des Freiherrn von G . . aber nicht Gant erkannt worden iſt, konnte ſie nur bei dem abgeſehen von der Gant zuſtändigen Gerichte angeſtellt werden, mag dies nun das Amt oder das Hofgericht ſein; vor das Gantgericht aber gehörte ſie nicht und ſie kann deßhalb auch jetzt nicht dahin gezogen werden.

(Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

// Annalen
der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. № 18. Karlsruhe den 2. Mai 1846.

I.

Gerichtsſtand bei Ganten. Anziehende Kraft des Gantproceſſes.

(Schluß.)

Inſoweit dagegen die Gemeinde aus dem Maſſenvermögen Befriedigung verlangt, muß ſie allerdings ihren Anſpruch auch bei dem Gantgericht anmelden und begründen, weil dieſes in dem Lokationsbeſcheid, wie bei der Vertheilung der Maſſe nur die Gläubiger berückſichtigen darf, welche das ihnen auf das Maſſevermögen zuſtehende Recht auch gehörig geltend gemacht haben, §§. 894. 926. 938 der Proceßordnung, und es muß hiernach auch dem Gantrichter der Beweis geliefert werden, daß die in Abrede geſtellte Laſt wirklich auf dem Lehen ruhe, weil nur unter dieſer Vorausſetzung die in die Maſſe fallenden Erträgniſſe des Lehens zu deren Beſtreitung in Anſpruch genommen werden können.

Es müßte daher die nämliche Frage gleichzeitig bei verſchiedenen Gerichten verhandelt werden, bei dem Lehengericht, inſoweit die Anerkennung und Ablöſung der Laſt begehrt wird, und bei dem Gantgericht, inſoweit aus dem Lehenertrag die Laſt während der Dauer der Gant beſtritten werden ſoll. Dies widerſpräche aber der Beſtimmung der §§. 27. 32 und 41 der Proceßordnung und der landesherrlichen Verordnung im Regierungsblatt von 1812 Nr. XIV. Seite 75, wornach der Streit über Lehenſachen den dafür beſonders geordneten Gerichtsſtand nie verlieren kann, und wenn daher der Gantproceß auch inſofern eine anziehende Kraft hat, daß der Proceß über die Verpflichtung zur einſtweiligen Leiſtung und über deren Größe dem über die Hauptſache zuſtändigen oder bereits angegangenen Gerichte trotz des Zuſammenhangs der Sache ſoweit entzogen wird, als er auf das Maſſevermögen Bezug hat, ſo bleibt dieſes doch zur Entſcheidung über das Vorhandenſein der Laſt allein zuſtändig und es müſſen die Gantgläubiger das gegen die Leheninhaber dereinſt ergehende Erkenntniß auch gegen ſich gelten laſſen, weil ſie die Lehenrevenüen nur mit den darauf ruhenden Laſten in Anſpruch nehmen können.

Es iſt ſonach das Begehren, die in dem Proceſſe gegen die Leheninhaber zu erwartende Entſcheidung über das Beſtehen der Faſellaſt als für die Verbindlichkeit der Gantmaſſe maßgebend zu betrachten, begründet, und kann nur über die Größe der angemeldeten Forderung hier verhandelt werden. —

Auf ähnliche Weiſe wurde mit Zuſtimmung beider Theile in einem andern Falle die Verhandlung ausgeſetzt, wo die Verbindlichkeit des Zehnten zu Erbauung und Unterhaltung der Kirche und des Pfarrhauſes in Anſpruch genommen worden war, obgleich ein Baufall nicht vorlag und bei der ſchon eingeleiteten Zehntablöſung auch die Frage über Vorhandenſein und Umfang der Baulaſt verhandelt und die Ablöſung derſelben bewirkt werden mußte. In derartigen Fällen und überhaupt da, wo eine Leiſtung aus dem Lehenertrag zur Zeit nicht begehrt wird, könnte eine Anmeldung bei dem Gantgericht wohl gänzlich unterbleiben, ohne daß ein Nachtheil für den Berechtigten dadurch entſtehen würde. Denn tritt ſpäter ein Baufall ein ꝛc., ſo kann bei dem Lehengericht Klage erhoben und Beſchlagnahme des belaſteten Zehnten verlangt werden. Die Vorausſetzungen, unter welchen Arreſtanlegung gefordert werden kann, ſind offenbar ſämmtlich vorhanden, und die Gantgläubiger können, da aus den Lehenerträgniſſen zunächſt die Lehenlaſten beſtritten werden müſſen, und nur der Reſt in die Allodialmaſſe fällt, die Beſchlagnahme nicht

Digitized by Google

verhindern. Ihre Rechte können ſie dagegen durch Theilnahme an dem bei dem Lehengericht zu verhandelnden Streite ebenſo wahren. Nüßlin.

II.

Hofgericht des Unterrheinkreiſes.

Urtheil.

In Anklageſachen gegen den Obergerichtsadvokaten Guſtav von Struve zu Mannheim, wegen Majeſtätsbeleidigung.

Der Großherzogliche Staatsanwalt überreichte am 26. December v. J. bei dem Stadtamt Mannheim eine Klagſchrift, worin er darauf antrug, den Obergerichtsadvokaten Guſtav von Struve, als Verfaſſer der Schrift:

„Politiſche Briefe von Guſtav von Struve. Mannheim 1846."

wegen mehrerer darin begangener Vergehen zur Unterſuchung zu ziehen, und gerichtlichen Beſchlag auf die Schrift zu legen.

Das erſte Vergehen, deſſen der Angeklagte beſchuldigt wurde, war das der Majeſtätsbeleidigung.

Das Stadtamt Mannheim verfügte unterm 28. December:

1) daß die erwähnte Druckſchrift gerichtlich mit Beſchag zu belegen,
2) daß Grund zur gerichtlichen Verfolgung der angezeigten Vergehen vorhanden ſei.

Da jedoch die allgemeine Faſſung der letzteren Beſtimmung mit den vorangeſchickten Entſcheidungsgründen in Widerſpruch ſtand, indem hierin die Anſicht ausgeſprochen war, daß der Thatbeſtand einer Majeſtätsbeleidigung nicht vorliege, ſo bat der Großherzogliche Staatsanwalt unterm 31. gl. M. um eine Erläuterung, welche das Stadtamt am 2. Januar l. J. dahin ertheilte:

„Mit dieſſeitiger Verfügung vom 28. v. M. wurde die Unterſuchung für diejenigen Vergehen angeordnet, welche man nach den beigefügten Entſcheidungsgründen als in der incriminirten Druckſchrift enthalten annehmen konnte, eine Unterſuchung wegen Majeſtätsbeleidigung konnte deßhalb nicht angeordnet werden."

Der Großherzogliche Staatsanwalt hatte ſchon mit ſeinem Erläuterungsgeſuche eine eventuelle Appellationsanzeige gegen die Verfügung vom 28. December, ſoweit ſie ſich auf die angeklagte Majeſtätsbeleidigung beziehe, verbunden, und reichte am 7. Januar l. J. die Appellationsbeſchwerdeſchrift dahier ein, worin er zu erkennen bat, daß auch hinſichtlich der angeklagten Majeſtätsbeleidigung Grund zu gerichtlicher Verfolgung vorhanden ſei.

Die Rechtzeitigkeit der ergriffenen Appellation unterliegt keinem Bedenken, weil, mag man die geſetzliche Nothfriſt von der Verfügung vom 28. December v. J. oder von der unterm 2. Januar l. J. gegebenen Erläuterung an berechnen, die Appellation jedenfalls vor Ablauf dieſer Friſt dahier eingeführt wurde. Im Uebrigen aber ergibt ſich die Zuläſſigkeit dieſes Rechtsmittels aus §. 86 des Preßgeſetzes.

Was die Legitimation des Großherzoglichen Staatsanwalts zur Erhebung der vorliegenden Klage betrifft, ſo hat derſelbe mit ſeiner Klagſchrift die Originalausfertigung eines Erlaſſes des Großherzoglichen Juſtizminiſteriums vom 20. December v. J. Nr. 7012 vorgelegt, wonach Seine Königliche Hoheit der Großherzog durch allerhöchſte Entſchließung aus Großherzoglichem Staatsminiſterium vom 19. gl. Mts. Nr. 2321 das Großherzogliche Juſtizminiſterium zu ermächtigen geruhten, gegen den Obergerichtsadvokaten von Struve, als den Verfaſſer der obenerwähnten Schrift, auf den Grund der darin enthaltenen Majeſtätsbeleidigung, durch den Staatsanwalt Anklage zu erheben. Hierdurch iſt die Proceßlegitimation des Großherzoglichen Staatsanwalts außer Frage geſtellt.

Die Klage wird auf diejenige Stelle der gedachten Druckſchrift gegründet, welche auf Seite 257 mit den Worten:

„durch die Verordnung vom 28. Juli 1832" u. ſ. w.

beginnt, und auf Seite 261 mit den Worten:

„die Verordnung vom 28. Juli 1832 beruht alſo weſentlich auf Lug und Trug"

ſchließt. Es wird bemerkt, der Angeklagte ſage hier, die in dem Eingang jener Verordnung erwähnten Thatſachen ſeien Lügen und die ganze Verordnung beruhe auf Lug und Trug. Da nun die Verordnung von Seiner Königlichen Hoheit dem Großherzog erlaſſen und verkündet ſei, die gedachte Aeußerung aber den Vorwurf einer abſichtlichen und widerrechtlichen Täuſchung enthalte, ſo habe ſich hierdurch der Angeklagte einer Injurie gegen die geheiligte Perſon des Regenten, alſo einer Majeſtätsbeleidigung, ſchuldig gemacht.

Nach der beſtehenden Geſetzgebung (§. 20 des Preßge-

Digitized by Google

ſetzes) erſcheint die Majeſtätsbeleidigung nicht als ein eigenthümliches Vergehen, ſondern als eine Art der Ehrverletzung, und zwar, wegen der Erhabenheit ihres Gegenſtandes, als die ſchwerſte Art derſelben.

Aus den von Ehrverletzungen im Allgemeinen geltenden Grundſätzen ergibt ſich, daß eine Majeſtätsbeleidigung nur dann als vorhanden angeſehen werden kann, wenn eine Aeußerung oder Handlung vorliegt, welche unzweifelhaft gegen die Perſon des Staatsoberhauptes gerichtet iſt. Eine ſolche beſtimmte Richtung muß namentlich dann vorhanden ſein, wenn, wie im vorliegendem Falle, eine beleidigende Aeußerung mit Bezug auf eine gewiſſe Regierungshandlung gemacht wurde. Es iſt ein unter den Rechtslehrern unbeſtrittener Satz, daß beleidigende Aeußerungen über beſtehende Staatseinrichtungen und namentlich Geſetze und Verordnungen nur dann unter den Begriff jenes Verbrechens fallen, wenn ſie eine beſondere Beziehung auf die Perſon des Staatsoberhauptes enthalten.

Grolman, Grundſätze der Criminalrechtswiſſenſchaft §§. 338. 339.

Tittmann, Handbuch, Band II. §. 289.

Dieſer Satz beruht aber nicht nur, wie bemerkt, auf Principien des Strafrechts, ſondern auch auf Grundſätzen des Staatsrechts, insbeſondere des Staatsrechts der konſtitutionellen Monarchie.

Im Weſen dieſer Verfaſſungsform liegt nämlich der Grundſatz, daß die Perſon des Regenten heilig und unverletzlich iſt und deßhalb wegen der, obgleich mit ſeiner Sanction erfolgten, Handlungen ſeiner Regierung von den Vertretern des Volks nicht zur Verantwortung gezogen werden kann, daß dagegen ſämmtliche Staatsdiener und insbeſondere die Miniſter, auch dem Volke gegenüber, für die genaue Befolgung der Verfaſſung verantwortlich ſind.

Aus dieſem Grundſatze folgt der weitere, daß alle Acte einer konſtitutionellen Regierung nicht als Handlung des Landesherrn, mit deſſen Sanction ſie verſehen ſind, ſondern als das Werk desjenigen oder derjenigen Staatsbeamten anzuſehen ſind, welche dieſelben dem Volke gegenüber zu vertreten haben. Durch dieſen Satz, eine der weſentlichſten Grundbeſtimmungen jener Verfaſſungsform, wird die geheiligte Perſon des Fürſten der politiſchen Discuſſion entrückt, den Staatsbürgern aber eine freimüthige Prüfung der Regierungshandlungen ohne Verletzung der dem Staatsoberhaupte ſchuldigen Ehrfurcht möglich gemacht.

Jener erſte Satz iſt auch in den §§. 5. 7 und 67 unſerer Verfaſſungsurkunde mit voller Beſtimmtheit ausgeſprochen und durch das Geſetz vom 5. October 1820, über die Verantwortlichkeit der Miniſter, noch näher entwickelt. Der §. 4 dieſes Geſetzes beſtimmt, daß alle auf die Verfaſſung oder verfaſſungsmäßige Rechte ſich beziehenden Verfügungen und Beſchlüſſe von einem oder mehrern der verantwortlichen Mitglieder der oberſten Staatsbehörde zu unterzeichnen ſeien, und daß, wenn die Stände durch einen ſolchen Beſchluß die Verfaſſung oder verfaſſungsmäßige Rechte verletzt halten, die deßfallſige Anklage gegen denjenigen oder diejenigen Staatsbeamten zu richten ſei, welche den Beſchluß unterzeichnet haben.

Aus dem Satze aber, daß alle Regierungshandlungen nicht dem Staatsoberhaupte, ſondern dem verantwortlichen Miniſter rechtlich beizumeſſen ſind, ergibt ſich die Folgerung, daß beleidigenge Aeußerungen, welche mit Bezug auf ſolche Handlungen gemacht werden, nicht auf die höchſte Perſon des Regenten, ſondern auf den oder die unterzeichneten Miniſter zu beziehen ſind, wenn ſie nicht mit beſonderer unzweifelhafter Beziehung auf die Perſon des Monarchen ſelbſt gemacht wurden.

Feuerbach, Lehrbuch §. 174 Anmerkung e. und Note 3 des Herausgebers.

Henke, Handbuch des Strafrechts Band III. Seite 467.

Eine ſolche Richtung iſt aber in den, der Klage zum Grund gelegten, Worten der erwähnten Schrift nicht zu finden.

Dieſe Worte ſind ein Theil eines Vortrags, welchen der Angeklagte am 9. October v. J. bei der Verhandlung über die Beſchlagnahme einer von ihm verfaßten Schrift vor dieſſeitigem Gerichtshofe gehalten hat. Er hatte ſich die Aufgabe geſetzt, nachzuweiſen, daß das Preßgeſetz vom 28. December 1831, und insbeſondere diejenigen Beſtimmungen desſelben, wodurch Oeffentlichkeit des gerichtlichen Verfahrens in Preßſachen eingeführt worden war, durch die landesherrliche Verordnung vom 28. Juli 1832 auf rechtsgültige Weiſe nicht aufgehoben worden ſei.

Er ſtellte den Satz voran, daß das unter verfaſſungsmäßiger Zuſammenwirkung der Stände und der Regierung entſtandene Preßgeſetz durch die Regierung einſeitig

Digitized by Google

nicht habe abgeändert und theilweiſe aufgehoben werden können, und fuhr dann fort:

„Durch die Verordnung vom 28. Juli 1832 wurde daher rechtlich das Preßgeſetz vom 28. December 1831 nicht abgeſchafft, ſondern ein Hochverrath von den verantwortlichen Räthen der Krone begangen."

Doch prüfen wir näher die Verordnung vom 28. Juli 1832. Sie beginnt mit den Worten:

„„*Leopold* von Gottes Gnaden, Großherzog von Baden, Herzog von Zähringen. Nachdem mittelſt eines von der Bundesverſammlung am 5. l. Mts. gefaßten Beſchluſſes Unſere ſämmtlichen Bundesgenoſſen einmüthig erklärt haben""..

„Meine Herren, das iſt eine Lüge" u. ſ. w.

Auf gleiche Weiſe ſind noch zwei weitere Stellen des Eingangs jener Verordnung als Lügen bezeichnet; von einer dritten Stelle iſt geſagt, ſie ſei ein Gewebe von Lügen, und die ganze Ausführung, ſoweit ſie ſich auf den *Inhalt* der Verordnung bezieht, ſchließt mit den Worten:

„Die Verordnung vom 28. Juli 1832 beruht alſo weſentlich auf Lug und Trug."

Dieſe Stelle enthält überall nicht eine ſpezielle Erwähnung der höchſten Perſon des Großherzogs, noch irgend eine Aeußerung, welche ſich beſtimmt, ſei es direct oder indirect, auf ſeine Königliche Hoheit bezöge. Eine ſolche Beziehung will zwar der Großherzogliche Staatsanwalt darin finden, daß der Name des Großherzogs, wie er der Verordnung vorangeſetzt iſt, und ferner die im Eingange derſelben vorkommenden Worte „Unſere ſämmtlichen Bundesgenoſſen", „das von Uns erlaſſene Preßgeſetz" mit eingerückt ſind. Allein dieſer Umſtand iſt für die vorliegende Frage unerheblich, weil, nach der beſtehenden Geſchäftsſprache, in *aller* mit landesherrlicher Sanction erſcheinenden Verordnungen oder Geſetzen der Landesherr als redend eingeführt wird, aus dieſer Redeform allein alſo eine perſönliche Bezugnahme auf denſelben nicht abgeleitet werden kann.

Daß aber eine ſolche Beziehung hier nicht vorliege, wird noch deutlicher, wenn man die in der Klage hervorgehobene Stelle im Zuſammenhange mit dem, was ihr vorangeht und nachfolgt, lieſt:

S. 255 wird die Verordnung vom 28. Juli 1832 eine „Miniſterialverordnung" genannt.

S. 257 wird geſagt: „durch die Verordnung vom 28. Juli 1832 wurde daher rechtlich das Preßgeſetz vom 28. December 1831 nicht abgeſchafft, ſondern ein Hochverrath *von den verantwortlichen Räthen der Krone* begangen."

S. 261 wird behauptet, die Verordnung ſei das Werk des Großherzoglichen Bundestagsgeſandten Freiherrn von Blittersdorff, und es wird von dieſem geſagt: „er war es, welcher unſer Preßgeſetz untergrub, ſtatt es zu retten, *er ſetzte ſich in Widerſpruch mit den Befehlen ſeines Fürſten*" u. ſ. w.

S. 263 wird wiederholt, daß der Freiherr von Blittersdorff in der fraglichen Angelegenheit *gegen die Weiſungen ſeines Fürſten* gehandelt habe.

Aus allen dieſen Stellen geht unzweifelhaft hervor, daß der Verfaſſer der Schrift jede Bezugnahme auf die höchſte Perſon des Großherzogs gefliſſentlich vermieden, die fragliche Verordnung lediglich als ein Werk der verantwortlichen Räthe der Krone bezeichnet und den ihr zum Grunde liegenden Bundesbeſchluß ſogar als im Widerſpruche mit den Weiſungen des Fürſten ſtehend erklärt hat.

Hiernach erſcheint als gewiß, daß die in der Klage aufgeführten, wenn auch an ſich beleidigenden, Aeußerungen nicht auf die höchſte Perſon des Großherzogs bezogen werden können. Es fehlt daher am Thatbeſtande einer Majeſtätsbeleidigung, und das Unterſuchungsgericht hat deßhalb mit Recht erkannt, daß in Bezug auf dieſen Anſchuldigungspunkt kein Grund zur Einleitung einer Unterſuchung vorliege.

Aus dieſen Gründen und in Erwägung, daß dieſer Theil der Klage in erſter Inſtanz keine beſondern Koſten veranlaßt hat, die durch die Appellation veranlaßten Koſten aber nach §. 19 des Strafedicts dem unterliegenden Theile zur Laſt fallen, wird auf geſetzmäßig gepflogene Verhandlungen zu Recht erkannt:

Die Verfügungen des Stadtamts Mannheim vom 28. December v. J. Nr. 38,838 und vom 2. Januar l. J. Nr. 39,090, ſoweit darin ausgeſprochen iſt, daß zur Einleitung einer Unterſuchung wegen Majeſtätsbeleidigung kein Grund vorliege, ſeien, unter

Digitized by Google

Verfällung der Großherzoglichen Staatskaſſe in die Koſten dieſer Inſtanz, zu beſtätigen.

V. R. W.

So geſchehen Mannheim den 2. April 1846.

K. Ammann.

III.

Zur Erläuterung des L.R.S. 1384.

Im Jahr 1840 haben die Poſthalter von Kehl, Rheinbiſchofsheim, Stollhofen und Baden, mit Genehmigung der Großherzoglichen Oberpoſtdirection, einen Privateilwagencurs zwiſchen Straßburg und Baden errichtet, wozu ein jeder der vier Unternehmer für ſeine Station die Pferde nebſt dem Poſtillon zu ſtellen hatte.

Zur Begleitung des mit vier Pferden beſpannten Wagens war von der Geſellſchaft ein Conducteur angeſtellt.

Am 28. Juli 1840 ſtürzte der Wagen auf dem Wege von Stollhofen nach Biſchofsheim über den Rand der Chauſſee hinunter, wodurch vier Paſſagiere mehr oder weniger beſchädigt wurden, ſo daß ſie nach Stollhofen zurückgebracht und ärztlich behandelt werden mußten. Am meiſten litt bei dieſem Unfall der Conducteur ſelbſt, indem ſein rechter Unterſchenkel dergeſtalt zerſchmettert war, daß die Aerzte am 24. Auguſt für nöthig fanden, denſelben abzunehmen. In der Folge erhob der Conducteur bei dem Tribunal zu Straßburg gegen die vier Poſthalter eine Entſchädigungsklage, weil ſie für den Poſtillon von Stollhofen, durch deſſen Nachläſſigkeit der Umſturz des Wagens herbeigeführt worden ſei, nach Art. 1384 des C. c. zu haften hätten.

Dieſem Beiſpiel folgten die beſchädigten Paſſagiere, welche aus dem nämlichen Grunde eine gemeinſchaftliche Entſchädigungsklage gegen die Unternehmer des Badwagens anſtellten.

Das Tribunal, geſtützt auf Art. 14 des C. c., verfügte Ladung und erließ, auf ungehorſames Ausbleiben der Beklagten, den Anträgen der Kläger entſprechende Verſäumungsurtheile, worin zugleich auf perſönlichen Verhaft erkannt war.

Die Beklagten, mit Ausnahme des Poſthalters zu Stollhofen, hielten es deßhalb für rathſam, Wiederherſtellung bei dem Tribunal nachzuſuchen und ſich auf die Klagen einzulaſſen. Der Erfolg davon war, daß die Beklagten auf die contradictoriſchen Verhandlungen hin zu ungleich geringeren Summen verurtheilt wurden, welche in beiden Proceſſen mit Einſchluß der Koſten des erſten und zweiten Rechtszuges circa 19,000 Francs betrugen. Um zur Zahlung zu gelangen, erwirkten die Kläger nun Arreſtbefehle, wodurch ſie ermächtigt wurden, die Pferde, mit welchen der Poſthalter von Kehl den Packwagen täglich nach Straßburg fahren ließ, wegnehmen und zu ihrer Befriedigung verſteigern zu laſſen. Durch dieſe Maßregel ſahen ſich die Beklagten genöthigt, die urtheilsmäßigen Summen ſammt Zinſen und Koſten theils aus der Geſellſchaftscaſſe theils aus eigener Taſche zu bezahlen. Nachdem dies geſchehen war, nahmen ſie für ſämmtliche, mit den Urtheilen der franzöſiſchen Gerichte, wie mit den Koſtenverzeichniſſen und Quittungen der avoués und huissiers belegten Auslagen ihren Rückgriff auf den Poſthalter von Stollhofen, weil dieſer für den durch die Unvorſichtigkeit ſeines Poſtillons angerichteten Schaden nach L.R.S. 1384 und 1850 einzuſtehen verbunden ſei. Die Unvorſichtigkeit des Letzteren wurde nämlich in der Art circumſtanzirt, daß er die vier Pferde vom Bock aus gelenkt und den Wagen zu weit links an den Rand der Chauſſee gefahren habe.

Der Beklagte widerſprach jedoch dieſe Thatſache mit den Bemerken, daß der Unfall theils der ſchlechten Beſchaffenheit der Straße, theils der Nachläſſigkeit und Ordnungswidrigkeit des Conducteurs, welcher ſtatt den ihm angewieſenen Platz einzunehmen, ſich hinten auf den Wagen geſetzt, zugeſchrieben werden müſſe. Zugleich wird eingewendet, daß der Beklagte die Handlung des Poſtillons, wodurch das Umſtürzen des Wagens veranlaßt worden ſein ſollſ, nicht habe hindern können. Im Laufe der Verhandlungen gaben die Kläger zu, daß der Conducteur bei der unglücklichen Fahrt hinten auf dem Wagen geſeſſen und daß der Beklagte, als dieſer umfiel, nicht dabei geweſen ſei. Die Beweisverhandlungen lieferten im Uebrigen das Reſultat, daß der Poſtillon die Pferde vom Bock aus lenken mußte, weil der Wagen dazu eingerichtet war, und daß er, aller Anſtregung ungeachtet, den Unfall nicht vermeiden konnte, weil das rechte Handpferd, durch irgend etwas ſcheu gemacht, zu ſehr links gedrückt und ſtark vorgezogen hatte, ſo daß der Wagen an der Stelle, wo die Straße abſchüſſig und nur zwölf Fuß breit iſt, das Geländer zerdrückte und hinunterſtürzte. Es war demnach nicht ſowohl eine Handlung des Poſtil-

Digitized by Google

lons als vielmehr eine unglückliche Fügung, welche den Sturz des Eilwagens herbeiführte.

Die vordern Inſtanzen nahmen jedoch auf dieſes Ergebniß keine Rückſicht, ſondern wieſen die Klage, als handelte es ſich um eine actio judicati, aus dem Grunde ab, weil die Urtheile der franzöſiſchen Gerichte in Baden nicht vollziehbar ſeien, obſchon ſie nicht zum Vollzug, ſondern lediglich zu dem Zweck vorgelegt waren, um den Schaden in quantitativer Hinſicht nachzuweiſen.

In dritter Inſtanz ging man dagegen von der Anſicht aus, daß der Klaggrund nach dem Vorbemerkten, einerſeits nicht erwieſen, anderſeits durch die Einrede des Beklagten entkräftet ſei, und beſtätigte daher das hofgerichtliche Urtheil. Bekanntlich weicht der L.R.S. 1384 von dem franzöſiſchen Orginaltext des Art. 1384 in einem weſentlichen Punkte ab, indem nach letzterem die Hausherrn und Geſchäfsgeber (les maîtres et les commettants) von der Wohlthat des Beweiſes: daß ſie die Handlung, wofür ſie verantwortlich gemacht werden wollen, nicht haben hindern können — ausgeſchloſſen ſind, während der L.R.S. 1384 dieſe Wohlthat auch auf die Hausherrn und Geſchäftsgeber ausdehnt.

Brauer, Erläuterungen Band III. Seite 297.

Nun hängt aber die auf jenen Vorbehalt geſtützte Einrede mit dem thatſächlichen Verhältniß, aus welchem dieſer Proceß hervorgegangen iſt, ſo eng zu ſammen, daß ſie, obwohl die Klage ſchon wegen Mangels des Beweiſes hinfällig war, bei der Entſcheidung mit in Betracht gezogen werden mußte.

Da der Beklagte ſich nicht an Ort und Stelle befand, wo der Wagen ſtürzte, ſo war er natürlich außer Stand, den Unfall zu hindern. Die phyſiſche Unmöglichkeit liegt daher klar vor Augen. Daß er verpflichtet geweſen wäre, den Wagen zu begleiten, wurde überall nicht behauptet. Hiezu war von der Geſellſchaft ein Conducteur aufgeſtellt, welcher den Poſtillon zu überwachen und im Fall der Noth zu unterſtüzen hatte. Wenn er dies im Augenblick der Gefahr nicht vermochte, ſo war es ſeine Schuld, weil er ſich, ſtatt hinten auf den Wagen, ins Coupé hätte ſetzen ſollen. Für die Unachtſamkeit und Verſchuldung des Conducteurs hat aber der Beklagte den Klägern, welche gleichfalls Geſchäftsgeber des Erſteren waren, in keinem Falle zu haften. Ebenſo wenig lag ein eigenes Verſchulden des Beklagten vor, aus welchem er für den fraglichen Schaden hätte verantwortlich gemacht werden können. Zwar wurde in der Beweisinſtanz etwas der Art behauptet, was jedoch, dem §. 345 der Proceßordnung zufolge, unberückſichtigt bleiben mußte.—

Eine andere Frage, welche übrigens der Gerichtshof nach Lage der Acten nicht zu entſcheiden hatte, wäre die: ob nicht die Kläger auf den Grund des L.R.S. 1852 und 1853 den Beklagten bei Auseinanderſetzung des Geſellſchaftsvermögens für den durch das fragliche Ereigniß der Geſellſchaft erwachſenen Verluſt pro rata ins Mitleiden ziehen, oder mit der actio pro socio auf den Erſatz ſeines Antheils an dieſem Verluſt belangen könnten? Da indeſſen der Geſellſchafsvertrag, in welchem vielleicht dergleichen Fälle vorgeſehen ſind, nicht bei den Acten liegt, ſo muß man ſich darauf beſchränken, die vorſtehende Frage kurz angedeutet zu haben. D. R.

III.

Rechtsfall, Nachdruck betreffend.

Reuß gegen Dennig.

In einer bei dem Oberamte Pforzheim von D. Reuß in Frankfurt gegen die Buchhandlung Dennig und Fink am 31. October 1842 erhobenen Klage wurde folgende thatſächliche Behauptung geltend gemacht.

Kläger ſei Inhaber und Vertreter des Comptoir für Litteratur und Kunſt in Frankfurt. Dieſes habe von Hauptmann Conrad Friedrich, genannt Strahlheim, das Verlagsrecht des Werkes „das Welttheater," nebſt den dazu gehörigen Kupfer- und Stahlplatten, durch Vertrag vom 9. September 1834 erworben und das Verlagswerk in 75 Heften herausgegeben.

Im Jahre 1841 habe die beklagte Buchhandlung zwei Werke erſcheinen laſſen, unter den Titeln:

„Allgemeine Weltgeſchichte für die reifere Jugend" und

„Allgemeine Geſchichte der letzten 50 Jahre."

Das von erſterem Werke erſchienene erſte Heft ſei, mit wenigen Ausnahmen, ein wörtlicher Abdruck des 1. bis 3. Heftes des Welttheaters und das 1. Heft des zweiten Verlagswerkes der Beklagten, mit geringen Ausnahmen, der wörtliche Abdruck des 64. bis 66. Hefts des Welttheaters. Ebenſo ſeien die den obengedachten Heften der

Digitized by Google

Werke der Beklagten beigefügten Stahlſtiche die Nämlichen, wie die im Welttheater.

Hierdurch habe die Beklagte ſich dem Kläger gegenüber eines Nachdruckes ſchuldig gemacht.

Die Beklagte beſtritt:

1) die kläger'ſche Activlegitimation, ſowie

2) daß die betreffenden Hefte in der That Abdrücke des Welttheaters ſeien; ſie behauptete ſodann

3) daß ſie ſelbſt das Verlagsrecht der bei ihr erſchienenen beiden Werke von deren Verfaſſer, Friedrich, nachdem er das fragliche Recht dem Kläger angeboten, dieſer es aber nicht angenommen hatte, durch Vertrag vom 23. (26.) October 1840 käuflich erworben habe und deshalb ein Nachdruck nicht vorliegen könne;

4) daß endlich die Platten der Stahlſtiche Eigenthum Friedrichs geweſen und er jene der Beklagten überlaſſen habe.

Die Klage wurde auf gepflogene Verhandlungen in erſter und zweiter Inſtanz für unſtatthaft erklärt.

Das Oberhofgericht hielt jedoch dieſelbe für zuläſſig und erkannte auf Beweis.

Außer den, auf die beſtrittene Activlegitimation bezüglichen Thatſachen, ſollte hiernach der Kläger beweiſen:

1) daß das erſte Heft des bei der Beklagten erſchienenen Werkes: „allgemeine Weltgeſchichte für die reifere Jugend" mit wenigen Ausnahmen, ein wörtlicher Abdruck des 1. — 3. Hefts des Welttheaters,

2) und das erſte Heft des bei der Beklagten erſchienenen Werkes: „Geſchichte der letzten 50 Jahre" ebenfalls mit wenigen Ausnahmen, ein wörtlicher Abdruck des 64. — 66. Heftes des Welttheaters,

3) die den genannten beiden, bei der Beklagten erſchienenen Werken beigefügten Stahlſtiche dieſelben, wie die, den genannten Heften des Welttheaters beigefügten Stahlſtiche ſeien.

Auch der Beklagten wurde der Beweis dahin aufgelegt:

4) daß ihr die beiden Werke „allgemeine Geſchichte für die reifere Jugend und Geſchichte der letzten 50 Jahre" von deren Verfaſſer Conrad Friedrich, genannt Strahlheim, durch Vertrag zum Verlage käuflich überlaſſen, und

5) der Platten zu den Stahlſtichen, welche den beiden oben erwähnten Heften beigefügt wurden, ebenfalls von Friedrich zur Benützung übergeben worden ſeien.

Die Motive dieſes Zwiſchenbeſcheides ergeben ſich aus folgender näheren Erörterung.

Zu 1, und 2. Die Beklagte machte ſpeciell geltend.

Von einem Nachdruck könne darum die Rede nicht ſein, weil

a. das Welttheater von der Beklagten nicht unter demſelben Titel und in demſelben Inhalt nachgedruckt worden ſei;

b. weil Kläger ſelbſt anführe, daß die neuern Werke eine andere Eintheilung, als das Welttheater hätten, da jeweils drei Hefte des angeblich nachgedruckten Werkes als ein Heft erſchienen;

c. weil die beiden Werke der Beklagten, und zwar die allgemeine Weltgeſchichte mit 20. Heften, und die Geſchichte der letzten 50 Jahre mit 16 Heften ſchon gänzlich gedruckt und verſendet ſeien, dadurch aber, daß Kläger nur von je den erſten Heften der neuern Werke einen Nachdruck einzelner Hefte des Welttheaters behaupte, derſelbe ſelbſt zugebe, daß die übrigen Hefte der beiden Verlagswerke der Beklagten kein Nachdruck des Welttheaters und damit ganz verſchiednen Inhaltes ſeien.

Es wird dann noch weiter angeführt: das eine Werk ſei ein Auszug aus dem Welttheater und das Andere ein Auszug aus einem früher in Stuttgart (alſo einem völlig verſchiednen Verlage) unter dem Titel „unſere Zeit" erſchienenen Werke des nämlichen Verfaſſers, was übrigens Kläger widerſprach.

Dieſe Behauptung des Beklagten hielt der Richter erſter Inſtanz, deſſen Entſcheidungsgründe der der zweiten Inſtanz adoptirte, im Weſentlichen für richtig. Er nahm an, daß nach dem eigenen Vortrage des Klägers die neuern Werke als Auszüge aus dem größern Werke zu betrachten ſeien, die abgeändert (nicht wörtlich) in die Form beſonderer Abhandlungen gebracht ſeien. Wollte man aber dieſes nicht annehmen (wird in den amtlichen Entſcheidungsgründen weiter bemerkt), ſo könne doch jetzt, da Kläger nur das Erſcheinen der erſten Hefte der beiden Werkchen behauptet habe, vor Beendigung derſelben mindeſtens nicht beurtheilt werden, ob die Auszüge einer beſonderen Abhandlung zu Grunde liegen, oder nicht; ob daher die Beklagte die im L.R.S. 577 d. f. gegebenen

Digitized by Google

Befugniſſe überſchritten habe oder nicht. Jedenfalls ſei die Klage darum thatſächlich nicht begründet, weil wegen Unvollſtändigkeit der beiden kleinern Werke vom Kläger nicht behauptet werden konnte, daß Solche keine eigene Abhandlungen ſeien.

Allein zum Weſen des Nachdrucks gehört es nicht, daß bei Werken größern Umfangs gerade das ganze Werk durch einen Unbefugten abgedruckt wurde, es kann der Nachdruck vielmehr ſchon dann vorhanden ſein, wenn auch nur ein einzelner Band oder ein einzelnes Heft eines ſolchen Werks von einer Perſon, welche das Verlagsrecht nicht erworben hat, abgedruckt wird; denn das Schrifteigenthum beſteht an jedem einzelnen Bande, an jedem einzelnen Hefte ebenſowohl, als an dem Inbegriffe ſämmtlicher Bände und Hefte zuſammen, — dem ganzen Werke. Das Gleiche gilt von dem, dem Schrifteigenthum durch die Geſetze gewährten Schutze.

Auch darauf kömmt es nicht an, ob dem ſpäter abgedruckten Werke gerade der urſprüngliche Titel belaſſen oder dieſem bei dem neuen Abdrucke ein Anderer ſubſtituirt wird. Denn die Veränderung des Titels in einem ſolchen Falle iſt entweder nur ein Auskunftsmittel, das zur Verheimlichung des zugefügten Unrechts dienen ſoll, und es erſcheint dann die Wahl des neuen Titels an und für ſich ſchon als eine doloſe Handlung, oder es iſt die Wahl eines neuen Titels eine nothwendige Folge davon, daß nicht das ganze Werk, ſondern nur ein beſtimmter Theil deſſelben abgedruckt wird, der für ſich nicht paſſender Weiſe unter dem umfangreichern (oder Collectiv-) Titel des Ganzen erſcheinen kann. In dieſem letztern Falle iſt die Titeländerung eine völlige Nebenſache. —

Wenn endlich an dem Inhalte eines wiederabgedruckten Werkes einzelne Veränderungen vorgenommen wurden, ſo kann dieſes füglich ebenfalls geſchehen ſein, um den Schein anzunehmen, als ſei das vervielfältigte Werk ein Anderes, als das urſprünglich Erſchienene, wornach alsdann das Widerrechtliche der Handlung nicht beſeitigt wäre. — Immer muß in derartigen Fällen aber das richterliche Ermeſſen darüber eintreten, ob jene Veränderungen in der That von der Weſenheit ſind, daß dadurch das Werk als ein Anderes betrachtet werden kann, oder ob dieſelben nur als unweſentlich erſcheinen.

Vergl. Pardeſſus, Handelsrecht Nr. 164.

Würde es demnach, was den vorliegenden Fall betrifft, wahr ſein, daß das erſte Heft des bei der Beklagten erſchienenen Werkes

„Weltgeſchichte für die reifere Jugend"

ein faſt wörtlicher Abdruck dreier Hefte des Welttheaters und ebenſo das erſte Heft des bei der Beklagten erſchienenen Werkes

„Geſchichte der letzten 50 Jahre"

ein faſt wörtlicher Abdruck dreier andrer Hefte des Welttheaters ſind, ſo iſt es unerheblich, daß bei den neuen Werken immer ein Heft mit dem Stoffe von drei Heften des ältern Werks gefüllt wurde, was an und für ſich ſchon möglicher Weiſe durch die Wahl kleinerer Lettern, größern Papierformats oder veränderter Bogenzahl der Hefte erklärt werden kann. Es iſt nach dem Vorbemerkten ebenſowenig zu Gunſten der Beklagten entſcheidend, daß den ſpäter erſchienenen Werken andre Titel vorgeſetzt wurden. Endlich iſt es für die Klagbegründung von keiner nachtheiligen Bedeutung, daß nur je das erſte Heft der neuen Werke zum Gegenſtand der Klage gemacht wurde, da es nicht nur noch unbekannt iſt, ob der Kläger zur Zeit der Erhebung der Klage ſchon von einer Mehrheit erſchienener Hefte der Werke aus dem Verlage der Beklagten Kenntniß hatte und nicht vielleicht auch wegen ſpäterer Hefte noch Klage zu erheben gedenkt, ſondern überdieß (ſo fern die Behauptung des Vorhandenſeins eines faſt wörtlichen Abdrucks aus dem Welttheater wahr ſein ſollte) ſoviel außer Zweifel wäre, daß ein Fall zu Anwendung der Schlußbeſtimmung des L.R.S. 577 d. l. nicht vorläge, denn bei der in dieſer Geſetzesſtelle erwähnten Benützung oder Umarbeitung fremder Verlagswerke muß vernünftiger Weiſe vorausgeſetzt werden, daß dasjenige, was in dem ſpätern Werke Neues gegeben wird, — die Abhandlung, welcher das fremde Werk nur zu Grunde gelegt werden ſoll — die Hauptſache und verhältnißmäßig von größerm Umfange ſei, als dasjenige, was aus dem ältern Werke ſelbſt wiedergegeben wird. Dieſes iſt aber zuverläßig da nicht denkbar, wenn ein angeblich neues Werk mit dem Abdruck dreier Hefte eines andern Werkes beginnt. —

(Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. № 19. Karlsruhe den 9. Mai 1846.

I.

Rechtsfall, Nachdruck betreffend.

Reuß gegen Dennig.

(Schluß.)

Ebenſo würde es ſich von ſelbſt verſtehen, daß man nicht behaupten kann, man liefere bloß einen Auszug aus einem größern Werke, wenn man mehrere Hefte deſſelben faſt wörtlich abdruckt, da das Extrahiren eines Werkes (wenigſtens in der Regel) es mit ſich bringt, daß nur wenige Sätze des ausgezogenen Werkes wörtlich wiedergegeben, daß viele ganz ausgelaſſen werden, ſowie daß die meiſten Andern durch Verſchmelzung eine völlig verſchiedene Geſtalt erhalten haben. Es kömmt hiernach auf den Beweis der Thatſache an, daß die betreffenden Hefte der beiden von der Beklagten herausgegebenen Werke ein faſt wörtlicher Abdruck von Heften des Welttheaters ſeien, welcher Beweis nach L.R.S. 1315 und §. 400 der Proceßordnung dem Kläger aufzulegen iſt.

Zu 4. Sollte dem Kläger wirklich dieſer Beweis gelingen, ſo müßte immerhin die Einrede noch in Betracht gezogen werden, daß Beklagte den Verlag der von ihr herausgegebenen Werke von deren Verfaſſer erworben habe.

Die Frage: Ob in einem ſolchen Falle ein Nachdruck im geſetzlichen Sinne möglich ſei und deßhalb dem Verleger des einen Werkes gegen den Verleger des andern Werkes eine Entſchädigungsklage zuſtehe, kann nur nach Beleuchtung des Weſens des Verlagsvertrags und der hieraus entſpringenden Folgerungen gewürdigt werden.

Der Verlagsvertrag iſt nach der Rechtstheorie kein Kaufvertrag, da

a) bei demſelben nicht nothwendig ein pretium (ein Honorar) vom Verleger bezahlt werden muß, während gerade die Verabredung eines Preiſes für den ein Object hingegeben wird, zum Weſen des Kaufvertrags gehört (L.R.S. 1582 ff.) und

b) bei Ueberlaſſung eines Manuſcripts an einen Verleger nicht alle Eigenthumsrechte des Verfaſſers an jenem erlöſchen und auf den Verleger übergehen, namentlich (wie

Pardeſſus in ſeinem Handelsrechte Nr. 310

richtig bemerkt) der Verleger nicht das Recht erwirbt unbedingt über die Handſchrift zu verfügen, ſie durch Zuſätze oder Auslaſſung und dergleichen zu verändern, oder ſie ſogar völlig ungedruckt zu laſſen.

Zachariä betrachtet jenen Vertrag als ein dem Verleger ertheiltes mandatum in rem suam

Franzöſiſches Civilrecht §. 359 b.

und ſchon

Kant, metaphyſiſche Anfangsgründe der Rechtsl. S. 128,

findet in ihm eine Art von Mandatsvertrag — eine Vollmacht für den Verleger, im Namen des Schriftſtellers zu dem Publicum zu ſprechen;*) während

Pardeſſus a. a. O.

annimmt, daß der Verleger nur eine Art von Nutznießung am Manuſcripte erwerbe. Folgt man der einen oder der andern Theorie, und erwägt man die Natur des Objects ſelbſt das zu Verlag gegeben wird, ſo muß immerhin irgend eine Verfügungsgewalt des Autors über ſein Geiſtesproduct möglich, ein Recht des Autors an demſelben übrig

*) Ausführlicheres über die Kantiſche Theorie ſ. bei Danz Handbuch des deutſchen Privatrechts zweite Ausgabe Band II. Seite 227 ff. D. E.

Digitized by Google

bleiben, wenn er es auch in den Verlag eines Buchhändlers gegeben hat. —

Dieſes reſultirt auch aus unſrer beſtehenden poſitiven (Particular-) Geſetzgebung, wenn dieſe gleich weder dem Verlagsvertrage eine beſondere Stelle unter den ſpeciell von ihr behandelten einzelnen Gattungen von Verträgen einräumt, noch ihn ausdrücklich unter eine dieſer Gattungen unterordnet.

a) Schon aus den Worten des L.R.S. 577 d. d.

„wer eine Handſchrift zum Verlage des Uebernehmers unentgeltlich oder gegen einen bedungenen Preis hingibt,“

wornach alſo die Möglichkeit zweier verſchiedener Bedingungen der Ueberlaſſung eines Manuſcripts (gegen Honorar und ohne Solches) angenommen wird, iſt die rechtliche Natur des Kaufvertrags, als weſentliche Grundlage des Verlagsvertrags, ausgeſchloſſen.

b) Nach dem Satze 577 d. h. ſoll das Schrifteigenthum in der Regel mit dem Tode des Verfaſſers erlöſchen. Dieſes wäre aber nicht möglich, wenn der Verleger aus dem Verlagsvertrage alle Rechte eines Käufers und damit das völlige Eigenthum des Werkes erwerben würde.

c) Nach der weitern Vorſchrift des Satzes 577 d. d. und den daran angeknüpften Beſtimmungen des Satzes 577 d. e. ſoll durch Ueberlaſſung eines Manuſcripts an einen Verleger der Verfaſſer ſein Eigenthum am Inhalte der Handſchrift nur beſchränken durch das Verlagsrecht, und demzufolge (unbeſchadet ſpecieller Vertragsbeſtimmungen, die aber nicht vermuthet werden) der Verleger ohne Einwilligung des Verfaſſers die Auflage eines Werkes nicht wiederholen und am Inhalte des Letztern nichts mindern, noch mehren dürfen.

Geſetzliche Dictate, welche ſonach ebenfalls dem Verlagsvertrage die Natur eines Kaufvertrags geradezu entziehen.

Der Redacteur dieſer eingeſchalteten Sätze des Landrechts

Brauer, Comm. Band I. Seite 470.

erläutert hierbei noch die Abſicht des Geſetzgebers dahin, daß dem Verleger nur eine beſtimmte Nutzung (an den vom Verfaſſer in ſeinem Werke niedergelegten Gedanken) nicht aber ein Verfügungsrecht über Beſtand und Weſen ſelbſt, eingeräumt werden wollte.

Bezüglich auf die rechtliche Stellung dritter Perſonen, den Verfaſſern und Verlegern gegenüber, enthält das Landrecht nur das Verbot (L.R.S. 577 d.f.), daß Dritte keinen Nachdruck des von ihnen erworbenen einzelnen (bereits gedruckten) Exemplars ohne Bewilligung des Verfaſſers und Verlegers veranſtalten dürfen. Im Uebrigen werden ſie durch Erwerb der Exemplare uneingeſchränkte Eigenthümer an Letztern.

Nach dem Wortlaut jener verbietenden Geſetzesſtelle würde ein Nachdruck im Sinne des Geſetzes nur vorhanden ſein, wenn ein Dritter mit Benutzung eines Exemplars eines in einem Verlage erſchienenes Werkes die Vervielfältigung des Letztern durch den Druck bewirkt.

Aus den zuvorgewürdigten Verhältniſſen des Verfaſſers und Verlegers, wornach jener immer Eigenthümer ſeiner Geiſteserzeugniſſe bleibt und dem Andern nur eine durch Vertrag beſtimmte Nutzung daran zuſteht, ſowie aus dem Verbot des L.R.S. 577 d. f., welches die Geſtattung des Wiederabdrucks eines (noch in einem Verlage befindlichen) Werkes durch Dritte an die Einwilligung jener beiden Berechtigten knüpft, kann man ſchließen, daß das Geſetz den Verfaſſer und Verleger dem Dritten gegenüber nur als eine Perſönlichkeit angeſehen wiſſen will, die Dritten gegenüber ein gemeinſchaftliches Intereſſe haben. Daraus folgt dann weiter, daß ein Nachdruck im geſetzlichen Sinne nur bei einer gleichzeitig und durch dieſelbe Handlung eintretenden Verletzung der Rechte jener beiden Betheiligten, des Verfaſſers und des Verlegers vorhanden ſein kann; daß gleichzeitig das Eigenthumsrecht des Verfaſſers am Inhalte und das Nutzungsrecht des Verlegers an Letztern gefährdet ſein muß, wenn ein Nachdruck vorliegen ſoll. Dem ſteht auch der in L.R.S. 577 d. g. unterſtellte Fall, wenn nur der Verleger allein oder der Verfaſſer allein auf dem gedruckten Werke genannt iſt, nicht entgegen, denn hier wird offenbar mittelſt einer Fiction angenommen, daß der allein Genannte beide Eigenſchaften in ſich vereinige. —

Dagegen ſpricht für jene Begriffsentwickelung des Nachdrucks noch beſonders §. 5 des Edicts vom 8. September 1806 (Rgbl. XX.) wornach in Bezug auf das Recht zu gerichtlicher Verfolgung des Nachdrucks zwiſchen Verfaſſer und Verleger die Prävention in der Art entſcheiden ſoll, daß nur demjenigen von ihnen, welcher zuerſt

Digitized by Google

klagend auftritt, die Entſchädigung zuerkannt wird und der Andere wegen ſeines Antheils an derſelben ſich an den zuerſt als Kläger Erſchienenen zu halten hat. — Beide werden alſo als Beſchädigte unterſtellt, keiner erhält aber einen ihm allein zugefügten ſpeciellen Schaden; dem wirklichen Kläger wird vielmehr der gemeinſchaftliche Schaden beider Beſchädigten zuerkannt. Von dieſem Standpunkte aus iſt dann auch, zufolge der nämlichen geſetzlichen Beſtimmung, eine beſondere Schadensliquidation nicht erforderlich (es ſind namentlich die Detailbeſtimmungen über Feſtſetzung des Maßes des Schadens in den L.R.S. 1148a. bis 1151 nicht anwendbar), ſondern es iſt für einen, wie den andern Betheiligten die Beſtimmung über das Maß deſſen, was als Schadensersatz dienen ſoll, gleichförmig und unwandelbar dahin getroffen, daß Derjenige, welcher zu erſt geklagt und die Thatſache des ſtattgehabten Nachdrucks erwieſen hat, den doppelten Preis der Orginalausgabe für jedes verkaufte Stück des Nachdrucks und die noch nicht abgeſetzten Exemplare des Nachdrucks in natura (Letztere gegen Bezahlung des Maculaturpreiſes und zum Zwecke der Vernichtung derſelben) zuerkannt erhält.

Dieſe Vorſchriften hat die ſpätere Geſetzgebung in keiner Weiſe geändert. — *)

Eine nothwendige Folge hievon, insbeſondere der unterſtellten Einheit oder wenigſtens des Conſortiums zwiſchen Verleger und Verfaſſer dem Dritten gegenüber, beſteht nur darin, daß in dem Falle, wenn Verfaſſer oder Verleger den Wiederabdruck des Verlagswerkes durch einen Dritten veranſtalten ſollte, nur eine Verletzung des zwiſchen jenen beiden abgeſchloſſenen Vertrags (verübt durch einen der Contrahenten) denkbar wäre, der Dritte dagegen, der mit dem Worte „Nachdruck" bezeichneten beſondern Art der Rechtsverletzung ſich nicht ſchuldig macht. —

Damit harmoniren auch die allgemeinen landrechtlichen Beſtimmungen über die Verbindlichkeit zum Schadensersatz.

Ein Nachdruck wird nämlich (abgeſehen von den weiter getroffenen Polizeimaßregeln) von den Geſetzen als eine unrechte That im civilrechtlichen Sinne angeſehen, ſo weit derſelbe nicht nach den beſondern Eigenthümlichkeiten des Falls etwa den Character einer Fälſchung oder eines Betrugs, alſo eines der ſtrafrichterlichen Cognition unterliegenden Vergehens annehmen ſollte. Er ſtellt ſich in jenem gewöhnlichen Falle als die Anmaßung des ſchriftſteller'ſchen Eigenthums und beziehungsweiſe des Nutzungsrechtes des Verlegers dar.

Eine unrechte That obiger Art iſt nun nach L.R.S. 1382a. nur dann vorhanden, wenn entweder

a. ein an ſich verbotenes Unternehmen vollführt, oder

b. eine an ſich erlaubte Unternehmung

α) von einer unberechtigten Perſon, oder

β) auf eine widerrechtliche Weiſe,

und zwar in den beiden letztern Fällen wiſſentlich, d. h. mit dem Bewußtſein, daß man unberechtigt ſei, oder daß man in der Art, wie man die ſonſt erlaubte Handlung vollführt, widerrechtlich zu Werke gehe, verrichtet wird.

Hat nun ein Schriftſteller dasjenige Werk, welches er einem Buchhändler in Verlag gab, ſpäter einem andern Buchhändler abermals und nachdem es ſchon bei Erſterm erſchienen war, in Verlag gegeben, ſo daß durch die Auflage, welche der zweite Verleger veranſtaltet, der Erſtere beſchädigt wird, ſo hat gleichwohl der zweite Verleger dadurch, ohne Hinzutrit beſonderer Umſtände, zuverläſſig einer unrechten That ſich nicht ſchuldig gemacht, weil es eine an und für ſich völlig erlaubte Handlung iſt, von einem Schriftſteller ein eigenes Werk deſſelben in Verlag zu nehmen. Dieſe an ſich erlaubte Handlung wird auch nach der Perſon des neuen Verlegers nicht zur Widerrechtlichen, da ein conceſſionirter Buchhändler Verlagswerke anzunehmen befugt iſt und, wenn er dieſes in herkömmlicher Weiſe thut, er auch nicht widerrechtlicher Weiſe verfährt. —

Nicht einmal ein Verſehen — L.R.S. 1383 — bezüglich auf den Schaden eines Dritten, hier des erſten Verlegers, könnte ihm zum Vorwurfe gemacht werden, da kein Buchhändler die Verbindlichkeit hat, alle Verträge zu kennen, welche Schriftſteller mit andern Buchhändlern abſchloſſen. Es könnte hier nur ein Verſehen zu ſeinem eigenen Nachtheile gedacht werden, indem er nochmals Honorar bezahlt, oder doch Druckkoſten auf ein Werk

---

*) Der Bundesbeſchluß vom 9. Nov. 1837 (zur Nachachtung in Baden bekannt gemacht im Regierungsblatte von 1838, Nr. VI.) ſagt nur in Art. 4.: „dem Urheber, Verleger oder Herausgeber der Originalien nachgedruckter oder nachgebildeter Werke ſteht der Anſpruch auf volle Entſchädigung zu." D. E.

verwendet, das ſchon in anderwärtigem Verlage ſich befindet. —

Wenn in Fällen dieſer Art eine unrechte That vorliegt, ſo wird ſie vom Schriftſteller ſelbſt verübt; und dieſe erſtreckt ſich dann auf beide Verleger, wenn der Schriftſteller etwa bei der neuen Verlagsübergabe durch Wahl eines andern Titels u. dgl. auch dem zweiten Verleger ſelbſt die Möglichkeit entzieht, vor Abſchluß des Vertrags ſich zu verläſſigen, ob ein wirklich neues Werk in Frage liegt; — ihn alſo zu dem Irrthume verleitet, daß er ein neues Werk übernehme. —

Ganz das Gleiche iſt der Fall, wenn ein Buchhändler mit einem andern Buchhändler (was freilich kaum denkbar wäre) übereinkommen ſollte, noch eine beſondere Auflage des von Erſterm verlegten Werkes zu veranſtalten, alſo hiedurch die Zahl der Exemplare in einer Weiſe vermehrt würde, daß die Hoffnung des Schriftſtellers, durch Veranſtaltung einer, durch Vergriffenſein der erſten Auflage bedingten, neuen Auflage von ſeinem Eigenthum am Inhalte des Werkes abermals Gebrauch machen, und ein neues Honorar beziehen zu können, in die Ferne träte. Dieſe durch den Verleger ſelbſt vorſätzlich verurſachte, unbefugte Vervielfältigung des Werks würde, der Beſchädigung des Schriftſtellers ungeachtet, ebenſowenig unter den Begriff eines Nachdrucks ſubſumirt werden können, als es bei dem ſchon eher vorgekommenen, jenem unterſtellten, den Folgen nach, völlig gleichen Falle zuläſſig wäre, wenn ein vertragsmäßig auf den Druck einer beſtimmten Anzahl von Exemplaren beſchränkter Verleger, nach Abſatz derſelben, nochmals — ohne neue Uebereinkunft mit dem Schriftſteller — eine Anzahl von Exemplaren, oder wenn er gleich anfänglich mehr, als die vertragsmäßige Zahl, abdrucken ließe. Daraus aber, daß eine derartige Verfahrungsweiſe des Verlegers nicht als Nachdruck, ſondern nur als eine Vertragsverletzung †) ſich behandeln ließe, ergibt ſich noch eine Beſtättigung deſſen, daß auch in dem obgedachten umgekehrten Falle, auf die dort erwähnte Weiſe von Seite des Schriftſtellers ein Nachdruck im geſetzlichen Sinne nicht verübt werden kann. *)

Unter dieſen Umſtänden erſcheint nun die erwähnte Einrede der Beklagten,

> daß ſie den Verlag der bei ihr erſchienenen Werke von deren Verfaſſer übertragen erhalten habe,

als ſehr erheblich und die Klage zerſtörend. Sie iſt, ihrem thatſächlichen Inhalte nach, widerſprochen und muß deshalb zum Beweiſe ausgeſetzt werden. Gelingt dieſer Beweis der hier beweispflichtigen Beklagten, ſo muß die wegen Nachdrucks erhobene Klage abgewieſen werden und es bleibt für den Fall, daß die oben Nr. 1 und 2 erwähnten Verhältniſſe ſich gleichfalls beſtätigen ſollten, dem Kläger nur eine Entſchädigungsklage gegen C. Friedrich ſelbſt übrig.

Dieſes iſt auch die Anſicht von Zachariä in dem ſchon citirten §. 359 b.

Demzufolge ſind die weitern in den Acten niedergelegten Behauptungen, daß nach Vertrag vom 20. Oct. (8. November) 1838 der Verfaſſer der bei der Beklagten erſchienenen Werke (Friedrich) die Verbindlichkeit habe, alle neuen Werke, die er redigire, dem Comptoir für Literatur und Kunſt zum Verlage vorerſt anzubieten, daß dem Kläger die Entſcheidung zuſtehe, ob das Comptoir den Verlag übernehmen ſolle und Friedrich nur im Falle der Ablehnung von Seite des Klägers anderweit über das Manuſcript verfügen dürfe; daß Friedrich in Gemäßheit des gedachten Vertrags aber wirklich an den Kläger die Anfrage geſtellt habe, ob er die beiden Werke, „wozu die vorhandenen Stahlplatten benutzt werden könnten“ mit ihm herausgeben wolle und daß Kläger am 7. März 1840 dem ſchriftlichen Anerbieten die Worte beigefügt habe:

> „Nach Vertrag beſtätige ich, daß ich auf die Herausgabe von vorbemerkten Werken durch das Comptoir für Literatur und Kunſt verzichte,“ —

für gegenwärtigen Rechtsſtreit ohne Erheblichkeit, bedürfen deßhalb keiner Erörterung durch ein einzuleitendes Beweisverfahren und können nur etwa weiter zur Sprache kommen, wenn der Verfaſſer ſelbſt belangt würde.

†) Eine Vertragsverletzung iſt freilich auch eine unrechte That im weitern Sinne. Der Nachdruck iſt aber eine ſpecielle Gattung von Vergehen. D. E.

*) Alſo der neue Verleger des Schriftſtellers dem erſten Verleger gegenüber nicht als Nachdrucker anzuſehen iſt. — D. E.

Digitized by Google

Zu 3 und 5 des Beweiserkenntniſſes. Was die in der Klage noch beſonders hervorgehobenen Stahlplatten betrifft, ſo behauptet die Beklagte, daß die ihren Werken beigefügten Stahlſtiche nicht erkauften Abdrücken von Kupfer- oder Stahlplatten nachgebildet worden ſeien, ſondern daß ſie vom Verfaſſer Friedrich, welcher auf ſeine Koſten für ſeine Werke Stahlplatten habe graviren laſſen, diejenigen Stahlplatten übergeben erhalten, mit deren Abdrücken ſie die obenerwähnten beiden Werke ausgeſchmückt habe; daß ferner Kläger, wenn er ſelbſt Inhaber des Comptoirs für Literatur und Kunſt ſein ſollte, nie Eigenthümer der von Friedrich angeſchafften Platten geweſen; daß endlich in dem oben angeführten Anerbieten der beiden Werke an den Kläger noch beſonders der Verherrlichung dieſer Werke durch Benützung der Stahlplatten Erwähnung geſchehen ſei und wenn darauf der Kläger den Vertrag ausgeſchlagen habe, er ihn auch hinſichtlich der Benützung der Platten ausgeſchlagen habe.

Kläger'ſcher Seite wurde dagegen bemerkt, daß nur die Zeichnungen zum Welttheater vertragsmäßig von Friedrich beſorgt, die Stiche der Platten und die Abdrücke dagegen vom Kläger veranſtaltet worden und die Platten dann im Comptoir reponirt worden ſeien; daß Friedrich aber heimlich und widerrechtlicher Weiſe ſich nachher in den Beſitz der Platten zu ſetzen gewußt habe und derſelbe ſpäter auf Klage des Klägers vom großherzoglich heſſiſchen Hofgericht in Gießen am 22. Auguſt 1843 zur Rückgabe verurtheilt worden ſei; daß es übrigens ſich von ſelbſt verſtehe, daß — ſofern die Stahlplatten zum Verlagswerke des Klägers gehört hätten, — auch ihm das ausſchließliche Recht zu Abbildung der Platten zugeſtanden ſei.

Dieſer Streitpunkt iſt nach denſelben Grundſätzen zu beurtheilen, wie die Hauptfrage. Es wird nämlich nach den ſchon entwickelten auf die Kupfer ebenſowohl, als auf den vom Buchdrucker gelieferten Theil der betreffenden Werke anwendbaren *) Grundſätzen darauf ankommen,

a) ob die Stahlſtiche, welche die Beklagte den von ihr herausgegebenen Werken beifügte, als Nachbildung der Stahlſtiche des Welttheaters anzuſehen ſind, und

b) ob die Einrede, daß die Platten der Beklagten vom Verfaſſer des Welttheaters zur Benützung bei den andern Werken geliefert wurden, wahr iſt.

Letztern Falls liegt ein Nachdruck im geſetzlichen Sinne nicht vor und es würde auch hinſichtlich des zweiten Gebrauchs der Platten nur vom Kläger der Schriftſteller Friedrich auf Entſchädigung belangt werden können, wenn in dieſer Abgabe der Platten an die Beklagte eine Verletzung des zwiſchen Kläger und Friedrich abgeſchloſſenen Vertrags beruht. Kirn.

II.

Ueber die Beweisregeln der Strafproceßordnung §§. 261 — 271.

Ein Verſuch die Auffaſſung und Feſthaltung derſelben im Gedächtniß zu erleichtern.

„Ein jeder lern' ſein' Lection,
So wird es gut im Hauſe ſteh'n."
(Altes Sprichwort.)

Zu den wichtigſten, aber auch zu den ſchwierigſten Theilen der neuen Strafproceßordnung gehört das darin angenommene Syſtem des Beweiſes, namentlich des Beweiſes durch Inzichten, oder, wie das neue Geſetz der peinlichen Gerichtsordnung Karl des Fünften entſprechend ſich ausdrückt, durch Anzeigungen. Da das Schwanken der Meinungen über die Zuläſſigkeit und den Umfang des Inzichtenbeweiſes nach dem Stand unſerer bisherigen Strafgeſetze bis auf die neueſte Zeit fortwährte, ſo haben unſere Richter und ihre Hilfsarbeiter um ſo mehr Aufforderung mit jenem wichtigen Theil des künftigen Geſetzes, welcher in zweifelhaften Fällen einen vergleichenden Maßſtab zur Prüfung abgeben mag, ſich ſchon jetzt näher zu befreunden.

Unverkennbar iſt es jedoch, wie der Mangel an Einfachheit der Beweisregeln, eine nothwendige Folge der verſuchten Verbindung verſchiedener ſich widerſtrebender Syſteme ſowie die durch Anträge der landſtändiſchen Kammern herbeigeführte minder glückliche Faſſung der einſchlägigen Geſetzesvorſchriften auf der einen Seite das ſchnelle Verſtändniß und den ſichern Ueberblick der anzuwendenden Regeln, auf der andern Seite die nöthige Feſthaltung derſelben im Bereich des Gedächtniſſes gar ſehr erſchwert.

Was die erſte Seite betrifft, ſo hat die vorige Redac-

*) Artikel 4 des Bundesbeſchluſſes vom 9. November 1837 ſtellt, hinſichtlich des Verbots der Vervielfältigung auf mechaniſchem Wege, Werke der Kunſt den literariſchen Erzeugniſſen völliggleich. D. E.

Digitized by Google

tion dieſer Blätter in Nr. 1 bis 5 des Jahrganges 1845 einen ſehr dankenswerthen Beitrag zur Verſtändigung über das Beweisſyſtem der Strafproceßordnung geliefert, deſſen Benützung ſehr zu empfehlen iſt. Die andere Seite hingegen, das Feſthalten der Hauptregeln im Gedächtniß, bleibt immerhin eine ſchwierige Aufgabe und es dürfte deren befriedigende Löſung wohl da und dort noch nicht erfolgt ſein. So möge denn ein kleiner Verſuch, dieſe mechaniſche Arbeit zu erleichtern, hier einen Platz finden.

Von Alters her waren im Kreiſe der Rechtsbefliſſenen gewiſſe Gedächtnißverſe im Gang, Verſe, die einzig und allein auf Unterſtützung des Gedächtniſſes abzielend, in Form und Inhalt nur dieſem Zweck gemäß eingerichtet waren, und darin allein ihren Werth fanden. Welchem unſerer Leſer hat nicht das holperige Sprüchlein:

„Descendens omnis succedit in ordine primo, ascendens propior etc.

ſeiner Zeit gute Dienſte geleiſtet? Auch von den Rechtsſprichwörtern des deutſchen Rechtes, wovon das bekannte Werk von Joh. Friedrich Eiſenhart einen ſo reichen Schatz darbietet, ſind viele hieher zu rechnen, z. B.

„Ein's Mann's Red' iſt halbe Red'
Man ſoll die Theil' vernehmen beed'."

oder:

„Durch zweier Zeugen Mund
Wird allezeit die Wahrheit kund'"

desgleichen:

„Der Hehler iſt ſo gut als der Stehler."

Auch das allbekannte:

„Zehen Jahr ein Kind,
Zwanzig Jahr ein Jüngling,
Dreißig Jahr ein Mann,
Vierzig Jahr wohlgethan" u. ſ. w.

gehört hieher.

Bei Einführung des badiſchen Landrechtes hat der Verfaſſer der Erläuterungen in Band V. Seite 433 folg. einen Verſuch gemacht, durch Zuſammenſtellung einer Reihe ſprichwörtlicher Sätze dem Gedächtniß zur Annahme des landfremden Rechtes Vorſchub zu leiſten.

Dergleichen ſprichwörtliche Sätze, die ſich überhaupt nicht wohl künſtlich machen laſſen, ſondern gleichſam im Bewußtſein des Volkes, worin das ungekünſtelte Recht lebt, von ſelbſt wachſen, können nun freilich in unſerem Falle den gewünſchten Dienſt nicht thun, vielmehr ſind hier, wo es ſich um ein künſtliches Syſtem handelt, Gedächtnißverſe von einiger Ausdehnung erforderlich, wenn man ſie auch auf das Nothwendigſte beſchränkt. Ein guter Freund, der es wohl meint, hat uns ſolche geliefert, und wir laſſen ſie, von den nöthig ſcheinenden Bemerkungen begleitet, mit dem Wunſche folgen, daß die mitgetheilten Sprüchlein auch Anderen, ſowie unſerm Freunde ſelbſt, einigen Dienſt leiſten möchten.

Vor Allem müſſen wir uns vergegenwärtigen, daß nach dem Hauptgrundſatz der Strafproceßordnung §. 270 überall die vollkommene Ueberzeugung des Richters vorausgeſetzt wird, wo es ſich um eine Anſchuldigungsthatſache handelt. Das Geſetz beſtimmt für die Anſchuldigung ein in jedem Falle nothwendiges, niederſtes Beweismaß, aber nur als Schutzwehr für den Angeſchuldigten. Das Vorhandenſein der vorgeſchriebenen Beweisgrade *) (Beweisminima) macht die Verurtheilung nur zuläſſig, führt ſie aber keineswegs nothwendig herbei. Ohne Ueberzeugung keine Verurtheilung auch beim Vorhandenſein jener Beweisgrade, aber auch ohne die Beweisgrade keine Verurtheilung ſelbſt beim Vorhandenſein der Ueberzeugung. Darauf kann nicht genug hingewieſen werden, weil das Mißkennen dieſes Hauptgrundſatzes, wegen ſeiner Abweichung vom bisherigen Syſtem gar leicht möglich, zu den kläglichſten Mißgriffen führen könnte. Auch darf die ſchützende Beſtimmung der Strafproceßordnung §. 247, wornach die Fragen: Iſt die That verübt? Liegt eine erſchwerende Thatſache vor? Iſt die Schuld des Angeklagten erwieſen? immer nur mit zwei Drittel der Stimmen bejahend entſchieden werden können, namentlich bei der Vergleichung nicht außer Acht gelaſſen werden.

I. Ueberweiſung des Angeſchuldigten durch Anzeigungen allein. Strafproceßordnung §§. 261, 262.

Erſt muß durch Inzicht nicht allein
Der Thatbeſtand erwieſen ſein,
Dann gnügt's den Schelm der That zu zeih'n

*) Wenn die Gerichtsthüren dem Volke wiederum geöffnet ſein werden, wird es um ſo wünſchenswerther ſein, daß unſere Gerichtsſprache dem löblichen Beiſpiel des Geſetzgebers nachſtrebend, deutſch und volksverſtändlich zu ſein ſich befleiße. Statt des Ausdruckes: Beweisminima dürfte ſich der Gebrauch des Ausdruck's nöthiges Beweismaß, niederſte Beweisgrade oder kurzweg Beweismaß, Beweisgrade (was unter dem Maß iſt, gilt Null) empfehlen. D. E.

An zwei Indicien oder drei'n,
Wenn jedes ſtark, auf eig'nem Bein,
Directen Weges tritt herein,
Doch muß dabei, das merke fein,
Die That ihm zuzutrauen ſein.

II. Zuſammengeſetzter Beweis für jederlei Thatſachen.

1) Verbindung verſchiedener Stücke unmittelbaren Beweiſes unter ſich, Strafproceßordnung §§. 265, 266.

2) Verbindung ſolcher Stücke mit Anzeigungen. Strafproceßordnung §. 267.

Geſchworner Zeuge, der als voller zählt,
Damnificat, der nicht Partei erwählt,
Geſchwor'nes Zeugenpaar, dem Vollwerth fehlt,
Mitſchuld'ge zwei, von Argliſt nicht beſeelt,
Auch Einer und ein Zeug', dem Vollwerth fehlt,
Unthat, vom Thäter extra jus *) erzählt,
Ein öffentlicher Act, deß Form verfehlt,
Haſt du zwei Stück von dieſen ſieben,
So hilft kein Trug den Schelmen und den Dieben.

Mit Anzeigungen im Verein
Genügt ein ſolches Stück allein,
Ja auch ein halbes obendrei'n
Von denen, die beſteh'n aus zwei'n.
Der Stücke Erſtes mackelrein
Ergänzt die halben insgemein.

Bemerkungen.

Zu I. Die Hauptregel des Geſetzes über den Beweis durch zuſammentreffende Anzeigungen iſt die: daß niemals der ganze Anſchuldigungsbeweis (der Beweis des objectiven und ſubjectiven Thatbeſtandes, alſo der Hauptbeweis im Strafverfahren) durch Anzeigungen allein geführt werden kann, vielmehr im Fall der Ueberweiſung des Thäters auf künſtlichem Wege der Thatbeſtand in objectiver Hinſicht, die That in ihrer äußern Erſcheinung, wenn nicht ganz auf unmittelbarem Wege, doch wenigſtens durch irgend ein unmittelbares Beweismittel in Verbindung mit Anzeigungen beweislich gemacht werden muß.**) Der Beweis von Nebenumſtänden der That, welche das fragliche Verbrechen nur ſtrafbarer machen, nicht aber als unterſcheidende Merkmale einer anderen Verbrechensclaſſe, ſeinen Hauptcharacter †) verändern, (Nebenbeweis), kann immer durch Anzeigungen allein erbracht werden, deßgleichen der Entſchuldigungsbeweis (Gegenbeweis) um ſo mehr, als bei demſelben ſogar bloße Wahrſcheinlichkeit genügt. St.-P.-O. §. 264, 271.

Unter welchen Bedingungen nun der Hauptbeweis in ſubjectiver Hinſicht, die Ueberweiſung des Angeſchuldigten, durch Anzeigungen allein hergeſtellt werden kann, iſt in St.-P.-O. §. 261 und in unſerem Sprüchlein 1 angegeben. Die Bedingung, daß jede Anzeigung auf einer beſonderen Thatſache beruhen muß, hat unſer Freund bildlich durch den Ausdruck „auf eig'nem Bein" dargeſtellt, während

*) Zur conſequenten Durchführung der in der erſten Note ausgeſprochenen Tendenz dürfte ſtatt des lateiniſchen „extra jus" das deutſche „unverhört" geſetzt werden, um damit das außergerichtliche Geſtändniß anzudeuten. D. R.

**) Wenn unmittelbarer Beweis für die Thäterſchaft vorliegt, kann, wie ſich aus den Motiven zu Tit. 19 des Entwurfes ergibt, der Thatbeſtand in objectiver Hinſicht wohl durch Anzeigungen allein geführt werden; übrigens wird der unmittelbare Beweis der Thäterſchaft immer auch die Wirklichkeit des Verbrechens ſelbſt beweislich machen, weßhalb dieſer Fall ohne Bedeutung ſein dürfte. D. E.

†) Als Nebenumſtände im Sinne des Geſetzes erſcheinen daher z. B. bei dem Diebſtahl das Einſteigen, Einbrechen, Bewaffnetſein, nicht aber ſolche Umſtände, wodurch die That zum Raub wird, ebenſo bei der Körperverletzung der Gebrauch gefährlicher Waffen, nicht aber die Anwendung ſolcher Mittel, wodurch die That in Vergiftung übergeht, bei der böswilligen Beſchädigung die Anwendung von Feuer, ſo weit das Vergehen hiedurch nicht in Brandſtiftung verwandelt wird u. ſ. w. Vgl. die angeführte Abhandlung, Jahrgang 1845 dieſer Blätter, S. 22, 24.

Der Regierungsentwurf hatte im §. 264 (243) die Art des Verſchuldens, das Daſein des Vorſatzes oder der Fahrläſſigkeit ſelbſtſtändig angereiht, wogegen die erſte Kammer, indem ſie unter dem Ausdruck „Nebenumſtände der That" nicht bloß äußerliche Nebenumſtände verſtand, jene Willensbeſtimmungen mittelſt des Wortes namentlich (ſtatt ebenſo) ſelbſt unter die Nebenumſtände der That ſtellte. Hiebei ſcheint aber überſehen worden zu ſein, daß bei vielen Verbrechen der Vorſatz als nothwendig zum Thatbeſtand gehörig, in keiner Weiſe als Nebenumſtand angeſehen werden kann. Vergl. Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechtes, §. 82 Note c. Kitka, Beitrag zur Lehre vom Thatbeſtand, §. 1, S. 3. Da im §. 261 das Wort Thatbeſtand gerade in objectiver Beziehung gebraucht wird, ſo hätte der Conſequenz und der Deutlichkeit wegen um ſo mehr auch hier die objective Auffaſſung beibehalten werden ſollen. Dieſes Ueberſehen iſt inſofern nicht ohne Bedeutung, als bei den Nebenumſtänden der That der Beweis durch Anzeigungen nicht an die Bedingungen des §. 261, 262 gebunden iſt. D. E.

Digitized by Google

er die Bedingung, daß die Anzeigung nicht wieder nur durch Jnzichten (indicia indiciorum) hergeſtellt werden darf, durch den Beiſatz „direeten Weges" ausgedrückt hat. Als ein weiteres Erforderniß kommt hinzu, daß der Angeſchuldigte eine Perſon ſein muß, zu welcher man ſich (nach Lebenswandel, perſönlichen Eigenſchaften oder beſonderen Beweggründen) der That verſehen kann; die That muß ihm im Allgemeinen „zuzutrauen" ſein. Die zweite Kammer hat dieſem wichtigen Erforderniß einen eigenen Paragraphen angewieſen, und ihm, gleichſam um größerer Furcht willen eine verneinende Form gegeben. §. 262.

Zu II. Der St.-P.-O. §. 265 enthält Theilſtücke unmittelbaren Beweiſes, die in ihrem Zuſammentreffen einen vollen unmittelbaren Beweis zu bilden vermögen. Jnſofern auch ſchon zwei ſolcher Theilſtücke genügen, kann man ſie auch als Halbſtücke anſehen. Es ſind ſieben an der Zahl (die heilige Zahl ſieben, während in §. 261, ſowohl in ſeiner jetzigen, als in der urſprünglichen Faſſung die heilige Zahl drei erſcheint, Winke für das Gedächtniß). Zu den einzelnen Stücken, die unſer Freund theilweiſe nur kurz andeuten konnte, iſt wenig zu bemerken. Die Vergleichung mit dem Geſetz ergibt das Nöthige. Bei dem vierten Stück konnten die verſchiedenen Nebenerforderniſſe (a—e) natürlich nicht einzeln ausgedrückt werden, der Beiſatz „von Argliſt nicht beſeelt" bezeichnet den Hauptgeſichtspunkt, von welchem das Geſetz hiebei ausging.

Jn Verbindung mit Anzeigungen kann auch ein einziges jener ſieben Stücke genügen. Von den ſieben Stücken ſind aber drei Stücke (die heilige Zahl drei) aus zwei Stücken, gleichſam Viertelsſtücken †) zuſammengefügt, das dritte, vierte und fünfte. Jn Verbindung mit Anzeigungen unter den Vorausſetzungen des §. 261 Ziff. 2 und 3 kann ſelbſt ein ſolches halbes Halbſtück oder Viertelsſtück unmittelbaren Beweiſes genügen. Ebenſo kann ein ſolches Viertelſtück in Verbindung mit dem erſten und vornehmſten der ſieben Stücke (einem vollgültigen beeidigten Zeugen oder einem gemäß §. 256 aus beſonderen Gründen gleichgeltenden) genügenden Beweis liefern, nur werden hier nicht nur hinſichtlich des Mitſchuldigen ſondern auch hinſichtlich des mangelhaften Zeugen die Nebenerforderniſſe des §. 265 a—e, ſoweit ſie anwendbar ſind, verlangt. Strafproceßordnung §§. 267, 266 Ziff. 2. Es läßt ſich demnach jenes erſte Halbſtück als ein verſtärktes Halbſtück, gleichſam als ein Dreiviertelsſtück, anſehen, und in der That zeigt ſich auch dieſer Mehrwerth begründet, wenn man erwägt, daß alle übrigen Halbſtücke an einer gewiſſen rechtlichen oder natürlichen Fehlerhaftigkeit leiden. Die gehörige Auffaſſung dieſer immerhin nur als ein Bild mit der nöthigen Unterſcheidung anzunehmenden Werthverhältniſſe dürfte das Gedächtniß ſehr erleichtern. Unſer Sprüchlein bedarf hienach keiner weiteren Erklärung.

Dagegen beſtimmt Strafproceßordnung §. 267 in ſeinem erſten Theile noch weiter, daß eines der ſieben Halbſtücke (nicht auch der Viertelsſtücke) ſogar in Verbindung mit einer einzigen Anzeigung alsdann genügen könne, wenn man ſich zu dem Angeſchuldigten der That verſehen kann. Hiedurch wurde der im Regierungsentwurf befindliche Satz, daß ein ſolches Halbſtück in den Fällen des §. 261 gleich einer Anzeigung wirken ſoll, nur umſchrieben; was mehr dem Jntereſſe der Genauigkeit als der Deutlichkeit zu entſprechen ſcheint. Dieſe Beſtimmung, ſowie die ſich leicht von ſelbſt ergebende Beſtimmung des §. 266 Ziff. 1 über den Beweis durch eine größere Zahl *) von Mitſchuldigen oder nicht vollgültigen zuläſſigen Zeugen, desgleichen die Beſtimmung des §. 268 über die Kraft einzeln ſtehender Zeugenausſagen in Bezug auf verſchiedene Thatumſtände, die im Zuſammenhang oder einzeln eine Anzeigung begründen und in Bezug auf fortgeſetzte oder wiederholte Handlungen konnte unſer Fieund in ſeinem Sprüchlein übergehen.

Hiemit ſchließt ſich unſer Verſuch. E. Brauer.

†) Von den zweigliedrigen Halbſtücken ſind zwei aus der Verdoppelung des nämlichen Viertelsſtückes gebildet, es gibt daher nur zwei verſchiedene Viertelsſtücke. D. E.

*) Nach der angeführten Abhandlung Seite 29 wäre in ſolchen Fällen immer eine Zahl von mehr als vier (alſo wenigſtens fünf) erforderlich, was aus §. 265 gefolgert wird. Nach der Faſſung der §§. 265 und 266 dürfte dieſe Folgerung wenigſtens im Wortlaut des Geſetzes keinen ſichern Anhalt haben. Bewährt ſich die Folgerung als richtig, ſo würden nach obiger bildlichen Redeweiſe vier einzelne Viertelſtücke kein Ganzes ausmachen, ſondern es müßte da, wo nichts als ſchlechte Viertelsmünze dargebracht wird, mindeſtens ein Viertelsſtück, gleichſam als Agio daraufgegeben werden, eine Forderung, die nicht unbillig erſcheint, weil ſolche Münze wirklich ſchlimmſter Art und nicht ſelten verfälſcht iſt, obwohl die vom Geſetz ſelbſt angeordneten Vorſichtsmaßregeln die Falſchheit nicht zur Entdeckung bringen konnten. D. E.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. | Nro 20. | Karlsruhe den 16. Mai 1846.

I.

Ueber Collegialurtheile im Allgemeinen, und den §. 243 der Strafproceßordnung insbeſondere.

Ueber die Frage, wie Collegialurtheile zu Stande kommen ſollen? wurde ſchon im Jahr 1838 in dieſen Blättern *) geſtritten. **)

Die Trefurt'ſche Anſicht ging dahin, daß das Urtheil eines Collegium ſich ebenſo wie das des Einzelrichters aus den Gründen aufbauen müſſe — die Redaction dagegen war im Allgemeinen anderer Anſicht, und hielt nur dafür, daß rückſichtlich der Einrede ꝛc. eine Sonderung der einzelnen Urtheile ſtatthaft ſei.

Vom legislativen Standpunkt aus läßt ſich für die eine und andere Methode der Urtheilsfindung, ſo wie auch gegen die eine und andere, Manches erinnern.

Das Alles iſt a. a. O. ein und anderſeits ſo anſchaulich ausgeführt, daß mir in dieſer Beziehung nur noch eine Bemerkung übrig bleibt: Es iſt bekanntlich eine Schattenſeite der Collegialverfaſſung, daß die inviduelle Reſponſabilität nicht in dem Grad eintritt, wie bei dem Einzelrichter; das Collegium verdeckt das Individuum; der Reſt von Reſponſabilität würde aber vollends gänzlich verſchwinden, wenn der Einzelne nicht nur durch das Collegium ſondern auch noch durch die turba rationum decidendi oder sententiarum praejudicialium verdeckt wäre, und das Urtheil — ſo zu ſagen — ſich ſelber machen würde. Die inviduelle Reſponſabilität möchte aber um ſo weniger noch mehr zu beſchränken ſein, als gerade die Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens mit den Zweck haben, ſie zu ſteigern, dieſe neuen Einrichtungen alſo eine Vermehrung der Verantwortlichkeit, der öffentlichen Meinung gegenüber, für wünſchenswerth erklären.

Von dem Standpunkt des poſitiven badiſchen Rechts aus ſcheint dagegen die Anſicht der Redaction, wie gewöhnlich, die richtige zu ſein, vorausgeſetzt, daß die Ausnahme rückſichtlich der Einreden ꝛc. aufgegeben wird. †)

---

*) Ein ähnlicher Streit aus dem römiſchen Senat wird von dem jüngern Plinius, Briefe VIII, 14 berichtet, der zugleich ein recht anſchauliches Bild der Procedur im Senat behufs einer Schlußfaſſung gibt. In der Senatsunterſuchung wegen des gewaltſamen Todes des Conſuls Afranius Dexter ſtimmte ein Theil auf Freiſprechung der Angeklagten, ein anderer auf Relegation, ein dritter auf Tod. Die zahlreichſte Meinung war die erſte, doch war ſie ſchwächer als die beiden andern zuſammengenommen. Plinius ſucht nun auszuführen, daß in dieſem Fall ein freiſprechendes Urtheil habe erfolgen müſſen, allein wie mir ſcheint mit Unrecht, weil zunächſt nur zwei Meinungen gegenüber ſtanden, die verurtheilende und die freiſprechende, die verurtheilende aber ſtärker war. Für dieſen Fall iſt nun durch den §. 247 der Strafproceßordnung Vorſorge getroffen; dagegen iſt weder in ihm, noch in andern Stellen dieſes Geſetzes ein Mittel gegeben alle andern möglichen Widerſprüche zu heben. D. E.

**) Siehe Annalen von 1838 Nr. 5 und 26; ferner Archiv für Rechtspflege und Geſetzgebung ꝛc. Band IV. S. 255—274. D. R.

†) So viele Klagpunkte beſtehen, ſo viele Urtheile (das Wort proceſſualiſch genommen) ſind zu geben; eine weitere Separation, wie ſie die Redaction wollte, dürfte wohl unzuläſſig ſein.

Ueber eine Einrede iſt in der Regel — Ausnahme z. B. §. 300 der Proceßordnung — kein Urtheil zu geben. Was alſo die Votanten von den Einreden halten, iſt ebenſowohl in die Entſcheidungsgründe zu verweiſen, wie ihre Anſichten von dem Beweismaterial.

Das einzelne Civilurtheil iſt immer ganz einfach die Entſcheidung der Frage: iſt das Klagpetitum gegründet oder nicht?

Das einzelne Strafurtheil dagegen enthält immer mehrere Entſcheidungen, wie ſolche in dem §. 245 der neuen Strafproceßordnung aufgeführt ſind. D. E.

Digitized by Google

Es iſt zuerſt das Urtheil — ganz abgeſehen von Entſcheidungsgründen — durch die einzelnen Collegialmitglieder zu finden, dann erſt ſind die Entſcheidungsgründe für das Urtheil zu ſuchen.

Der Hauptgrund für dieſe Meinung ſcheint nur der zu ſein, daß es früher (cfr. §. 254 und §. 215 lit. h. der Obergerichtsordnung) immer ſo war, mithin nicht angenommen werden kann, daß der Geſetzgeber, wenn er etwas darüber beſtimmte, auf einmal von einer ganz neuen Anſchauung ausgegangen ſei, ſo lange dies nicht klar nachgewieſen iſt, und daß, was namentlich Civilurtheile anbelangt, dabei der Geſetzgeber um ſo weniger die frühere Uebung verlaſſen habe, als im §. 1123 der Proceßordnung aufs Klarſte ausgedrückt iſt, daß das Urtheil durch eine Mehrheit der Abſtimmenden gebildet werden ſolle, alſo jedes andere Element, namentlich der Entſcheidungsgrund, von der Beſtimmung des Urtheils ausgeſchloſſen iſt.

Mit Recht hat aber die Trefurt'ſche Anſicht dagegen erinnert, daß bei dieſer Art der Urtheilsfindung der Fall eintreten könne, daß keine Entſcheidungsgründe zu Stand kämen, welche doch gleichfalls vom Geſetz gefordert ſeien — denn das was die Redaction dagegen vorbrachte, ſcheint dieſen Einwurf nicht zu beſeitigen.

Die Redaction ſucht nämlich darzuthun, daß allerdings die Mittel gegeben ſeien, in Gemäßheit des Urtheils auch die Entſcheidungsgründe zu bilden, und beruft ſich zu dem Behuf auf den §. 24 der Verordnung v. 21. April 1832 und auf die Natur der Sache — aber der eine und die andere verſagen ihren Dienſt.

Der §. 24 iſt eine Ueberſetzung des Art. 117 Code de proc.; leider iſt aber der Art. 118 daſelbſt, der eine nothwendige Ergänzung des Art. 117 iſt, nicht gleichfalls in die angezogene Verordnung aufgenommen worden.

Der §. 24 ſetzt voraus, daß

a. mehr als zwei Meinungen vorliegen, und daß
b. jede dieſer Meinungen mehr Stimmen vereinige, als die dritte;

er iſt alſo gar nicht anwendbar, wenn

1) jede Meinung gleichſtark iſt, oder
2) wenn nur eine Meinung ſtärker, alle andern aber gleichſchwach ſind.

denkt man nun die Gründe der einzelnen Votanten, was doch möglich iſt, wie folgt, der Richter

A. verwirft die Klage, weil ſie unſtatthaft iſt,
B. weil ſie nicht bewieſen iſt,
C. weil ſie durch die Einrede der Zahlung,
D. weil ſie durch die Einrede der Verjährung,
E. weil ſie durch die Einrede des Verzichts elidirt iſt —

und daß jeder Votant jeden andern Grund nicht anerkenne, ſo hilft der §. 24 nicht aus der Noth.

Die Redaction erkennt dies an, und ſchlägt vor, einen Grund nach dem andern nach der Präjudicialität zur Abſtimmung zu bringen, bis zuletzt noch zwei übrig blieben, zwiſchen welchen zu wählen ſei; allein das bringt die Natur der Sache ſicher nicht mit ſich, denn dieſe Methode hieße ſoviel als: je präjudicieller ein Grund iſt, deſto ſicherer taugt er Nichts, ganz abgeſehen davon, daß ſelbſt dieſer Ausweg nicht zum Ziele führen würde; denn welche der obigen Einreden wäre als die präjudicielle zuerſt zur Abſtimmung zu bringen?

Die Behauptung der Trefurt'ſchen Meinung, daß bei Befolgung der Methode der Redaction Fälle eintreten können, in welchen es unmöglich wäre, Entſcheidungsgründe zu geben, iſt ſonach durchaus nicht beſeitigt.

Trotz dem dürfte, wie geſagt, die Methode der Redaction die allein geſetzmäßige ſein; der Fall, in welchem es unmöglich iſt, Entſcheidungsgründe zu machen, kann nicht berechtigen, von der vom Geſetzgeber ſelbſt gebotenen Methode abzuweichen, und berechtigt das Collegium nur, ausnahmsweiſe keine Entſcheidungsgründe zu eröffnen quia ad impossibilia nemo tenetur und es eines Mannes unwürdig iſt, zu einem Poſſenſpiel in der Art mitzuwirken, daß er zu Entſcheidungsgründen ſein Ja gäbe, welche er für unrichtig hält.

Dieſer Fall nun kann nicht nur in Civil- ſondern auch in Criminalſachen nach der neuen Strafproceßordnung vorkommen, weil es keine Macht gibt, ihn in würdiger Weiſe zu beſeitigen; man denke nur, was das neue Strafverfahren betrifft, an den Fall, daß der Richter A. den Beweis durch Zeugen, der Richter B. durch Geſtändniß, der Richter C. durch Indicien für geführt erachte, jeder aber nur dadurch. Der §. 247 der neuen Strafproceßordnung bezieht ſich nur auf das Urtheil, nicht auf die Gründe, denn wenn auch ein Strafurtheil ſich über verſchiedene Punkte ausſprechen muß, ſo ſind doch alle dieſe Punkte nur verſchiedene Urtheile, nicht aber Gründe.

Einen phyſiſchen Zwang, etwa wie er gegen die eng-

Digitized by Google

liſche Jury ausgeübt wird, wird aber die höchſte Gewalt gegen ihre Richter nicht in Anwendung bringen wollen.

Es wäre daher wünſchenswerth, wenn höchſten Orts ausgeſprochen würde,

> daß jedem Richtercollegium geſtattet ſei, ein Urtheil ohne Entſcheidungsgründe mit der bloßen Bemerkung zu verkünden, daß das Urtheil lediglich nur in der Uebereinſtimmung des Ausſpruchs der Votanten ſeine Begründung finde, ſobald für andere Entſcheidungsgründe eine Majorität ſich nicht gebildet habe. *)

In Collegialurtheilen ſind die Entſcheidungsgründe an ſich nicht ſo durchaus nöthig, und ſie würden in den gemeinten Fällen dadurch erſetzt, daß etwa vorgeſchrieben würde,

> jeder Votant habe in ſolchen Fällen ſeine Gründe zur Einſicht der Parteien einzeln im Abſtimmungsprotokoll niederzulegen.

Durch welche Anordnung auch dafür geſorgt wäre, daß nicht Indolenz die Verkündung von Urtheilen ohne Gründe zur Regel mache.

Zu derartigen Anordnungen iſt bei der Organiſation der neuen Gerichte die ſchönſte Gelegenheit gegeben, und es möchte überhaupt die ſpärliche Beſetzung der neuen Strafgerichte auch noch die weitere Beſtimmung empfehlen,

> daß jede Frage, welche in dem Collegium aufgeworfen wird, alſo auch die Frage, ob eine Frage überhaupt zu entſcheiden ſei, ob durch einfache oder größere Majorität, in welcher Ordnung die einzelnen Fragen zu entſcheiden ſeien ꝛc. ꝛc. — wo das Geſetz nicht ausdrücklich etwas anderes beſage — durch einfache Majorität zu beſtimmen ſei. Keller.

*) Dies könnte natürlich nur auf dem nämlichen Wege geſchehen, auf welchem die neue Strafproceßordnung ſelbſt zu Stande gekommen iſt, weil obiger Vorſchlag eine Abänderung des §. 243 enthalten würde. Verfaſſungsurkunde §. 65. Nun möchte es aber doch nicht räthlich ſcheinen, das bereits ſanctionirte und emanirte Geſetz noch vor ſeiner wirklichen Einführung ſchon wieder abzuändern. Da nirgends vorgeſchrieben iſt, daß die Entſcheidungsgründe auf dieſelbe Weiſe gefunden werden müſſen, wie das Urtheil ſelbſt, ſo würde das Gericht in dem beiſpielsweiſe unterſtellten Falle, wo alle drei Richter das Schuldig ausſprechen, nicht gehindert ſein, dem Urtheile die drei im Reſultate zuſammentreffenden Vota als Entſcheidungsgründe beizufügen, ſtatt ſolche zur Einſicht der Betheiligten in das Abſtimmungsprotokoll niederzulegen. Es iſt nicht unerhört, daß ein Rechtſtreit in drei Inſtanzen gleichmäßig entſchieden wurde, obwohl in jedem Rechtszuge aus ganz anderen Motiven. Hier haben wir eigentlich auch drei verſchiedene Vota und doch im Grunde nur ein Urtheil über denſelben Gegenſtand. Deſſen ungeachtet wird Niemand an der Wahrheit des Urtheils zweifeln. Es ſcheint uns daher ein zuläſſiges Auskunftsmittel zu ſein, daß man, weil die Majorität der Stimmen nicht nothwendig auch eine Majorität der Gründe im Gefolge haben muß, die verſchiedenen Vota, welche ſich nicht vereinbaren oder verſchmelzen laſſen, neben einander ſtellt, und als die allein wahren rat. decidendi dem Urtheile anhängt. D. R.

II.

Findet gegen die Ertheilung oder Verſagung der gerichtlichen Ermächtigung einer Ehefrau in den landrechtlich beſtimmten Fällen ein Rechtsmittel ſtatt?

Die Nothwendigkeit der gerichtlichen Ermächtigung der Ehefrauen iſt durch das Geſetz vom 28. Auguſt 1835 (Regierungsblatt Nr. 38) auf die Fälle eingeſchränkt, für welche ſie das Landrecht vorſchreibt.

Dieſe Fälle ſind im I. Band V. Titel VI. Kapitel aufgezählt. In einem ſpeciellen Falle, wo es ſich um die von einer Ehefrau beabſichtigte Veräußerung eines ihr gehörigen Hauſes handelte, hat das Hofgericht zu Raſtatt gegen die vom Amte verſagte Ermächtigung das Rechtsmittel der Appellation für ſtatthaft erachtet und die Zuſtändigkeit der Gerichte theils aus den Beſtimmungen des Landrechts (Seite 218, 219 und 1449), theils aus dem Stillſchweigen des II. Einführungsedicts abgeleitet. Annalen, I. Jahrgang Nr. 64. Seite 385.

Bei einer ſpäteren Gelegenheit ließ derſelbe Gerichtshof abermals die Appellation zu, wogegen ſich das Hofgericht zu Freiburg in einem ähnlichen Falle für incompetent erklärte. Annalen von 1837 Nr. 26 und von 1838 Nr. 33.

Beachtenswerth iſt, daß in allen drei Fällen die betreffenden Kreisregierungen ihre Zuſtändigkeit abgelehnt haben, obgleich man von verſchiedenen Seiten bemüht war, die Ermächtigungsfrage mit Rückſicht auf unſere organiſchen Einrichtungen in verwandten Dingen als eine Zugehörde der Rechtspolizei darzuſtellen, um den Recurs an die höheren Verwaltungsbehörden zu dirigiren. Dieſem Verſuch tritt der L.R.S 4 a. entgegen, wornach der Richter nur da, wo ihm ein beſtimmter Ausſpruch des Geſetzes mangelt, Analogien zur Hilfe nehmen darf. Das Land-

Digitized by Google

recht verweiſt aber die Ermächtigung in unzweideutigen Ausdrücken an den Richter (Bezirksgericht, Gerichtsbehörde), während ſowohl im I. und II. Einführungsedict, wie in dem Organiſationsedict von 1809, über dieſen Gegenſtand totales Stillſchweigen herrſcht. Der Anſicht, daß die Ermächtigung nicht vor das Reſſort der Verwaltungsſtellen gehört, ſpricht insbeſondere noch das im Eingang dieſer Erörterung angeführte Geſetz von 1835, welches die Ermächtigung eine gerichtliche nennt und die desfallſigen Vorſchriften des Landrechts ohne alle Modification beſtätigt, das Wort. An einem anderen Orte, wo ſich dieſelbe Meinung vertheidigt findet, wird zwiſchen den Fällen des L.R.S. 218 und des L.R.S. 219 unterſchieden und in dem erſten nur der Frau, in dem anderen hingegen auch dem Manne das Rechtsmittel der einfachen Beſchwerde — ſtatt der früher für zuläſſig erkannten Appellation — an den Oberrichter zugeſtanden. Annalen von 1839 Nr. 3. Richtiger wird es aber ſein, wenn man weder dem einen noch dem anderen Ehetheil irgend ein Rechtsmittel — heiße es Appellation, Recurs oder Beſchwerdeführung — gegen die Verſagung oder Bewilligung der gerichtlichen Autoriſation einer Ehefrau geſtattet, weil ſich in der beſtehenden Geſetzgebung nirgends ein Anhaltspunkt für die Zuläſſigkeit dieſes oder jenes Rechtsmittels finden läßt. Man würde Gefahr laufen, gegen den Geiſt des Landrechtes zu verſtoßen, wenn man eine Frau — vorerſt ohne Autoriſation ihres Mannes oder des Gerichts — für legitimirt erachten wollte, um die Ermächtigung zum Proceßführen, zum Verkaufen ꝛc. bei den Obergerichten zu proceſſiren. Nur ſo viel kann ohne Bedenken zugegeben werden, daß die Frau, welche eine von ihrem Manne verweigerte Ermächtigung beim Gericht nachſucht, nicht gehalten ſei, ſich vorher von ihm ſelbſt oder in Ermanglung deſſen vom Gerichte, hierzu ermächtigen zu laſſen.

Die Frau hat ſomit gegen die Weigerung des Mannes einen Recurs an das Gericht; aber nur dieſen und keinen weiteren räumt ihr das Geſetz in den L.R.S. 218 und 219 ein.

An die Stelle der bisherigen Bezirksämter treten künftig die Amtsgerichte als Gerichtsbehörden. Mehr iſt durch die neue Gerichtsverfaſſung in Bezug auf unſere Frage nicht geändert. Nicht privilegirte Frauensperſonen haben daher ſeiner Zeit die Ermächtigung bei den Amtsgerichten nachzuſuchen. Dadurch erledigt ſich denn die Frage: ob dieſer Gegenſtand vor die Verwaltungsbehörden oder vor die Juſtizſtellen gehört? von ſelbſt.

Vor Kurzem kam bei dem Großherzoglichen Oberhofgericht ein Fall eigener Art vor, welcher mit einigen Worten berührt werden ſoll.

Die Ehefrau Huber geb. Schill hatte gegen eine gewiſſe Thereſia Wahl auf Umſtoßung eines Kaufvertrags geklagt und zugleich um Ermächtigung zur Führung dieſes Rechtsſtreits gebeten, weil ihr ſolche von dem Ehemanne verweigert worden war. Das Amt verſagte die gerichtliche Ermächtigung und wieß die Klage ſofort ab.

Die an das Hofgericht eingewandte Berufung wurde hinſichtlich des erſten Punktes als unzuläſſig verworfen und in der Hauptſache wegen mangelnder Autoriſation der Appellantin als nicht eingeführt angeſehen.

Auf die von der Klägerin gegen den ganzen Inhalt des hofgerichtlichen Erkenntniſſes eingeführte Oberappellation ward zuvörderſt ihr Anwalt in die öffentliche Sitzung vorgeladen, um die Zuläſſigkeit des Rechtsmittels namentlich in Anſehung der Legitimation ſeiner Partei nachzuweiſen und ſodann

„In Erwägung, daß zwar in dieſer Inſtanz zunächſt nur darüber Beſchwerde geführt wird, daß die Appellation der Huberſchen Ehefrau als unzuläſſig verworfen wurde, daß aber die Entſcheidung hierüber durch Löſung der Frage bedingt iſt: ob gegen die Verweigerung einer gerichtlichen Ermächtigung die Appellation und beziehungsweiſe Oberappellation zuläſſig ſei? welche Frage verneint werden muß, da weder das Landrecht ein ſolches Rechtsmittel gibt, noch aus irgend einer Beſtimmung des Titel 46, Abſchnitt 1 der Proceßordnung:

— Von den Fällen, wo die Appellation ſtattfindet —

hervorgeht, daß derartige proceſſualiſche Rechtmittel in dem gedachten Falle gegeben werden wollen;

In Erwägung, daß es dabei als unerheblich erſcheint, wenn auch der Richer erſter Inſtanz zugleich mit Verſagung der Proceßermächtigung die Klage der Huberſchen Ehefrau abgewieſen hat, indem hierdurch nur der Anſpruch einer nicht zur Verfolgung von Rechten qualificirten Perſon verworfen wurde, welcher Ausſpruch einer zur Verfolgung von Rechten fähigen Perſon gegenüber niemals die Wirkung einer rechtskräftigen Entſcheidung äußern kann ꝛc.

durch oberhofgerichtlichen Beſchluß vom 26. März l. J. die Oberappellation für unſtatthaft erklärt. D. R.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. № 21. Karlsruhe den 23. Mai 1846.

I.

Hofgericht des Oberrheinkreiſes.

In wie weit iſt der Mann berechtiget, bei Klagen für und wider ſeine Frau dieſelbe zu vertreten?

Ueber dieſe wichtige Frage herrſchen bekanntlich in der Theorie ſowohl als in der Praxis verſchiedene Anſichten. Einige ſagen, daß der Mann nicht die Befugniß habe, bei Klagen für und wider ſeine Frau allein d. h. ohne deren Beitritt zu handeln, daß er vielmehr bei allen Klagen der Vollmacht oder der Mitwirkung ſeiner Frau bedürfe. Andere nehmen das Gegentheil an und behaupten, daß der Mann bei allen Klagen im Namen ſeiner Frau kraft Geſetzes und ohne beſondere Vollmacht auftreten könne. Wieder andere machen einen Unterſchied zwiſchen petitoriſchen Klagen, welche die der Frau eigenthümlichen Liegenſchaften betreffen, und zwiſchen den übrigen Klagen. Dieſe ſagen, daß der Mann bei petitoriſchen Eigenthumsproceſſen über Liegenſchaften ſeiner Frau nicht allein d. h. nicht ohne Vollmacht der Frau handlen dürfe, daß er aber zu allen Beſitz- und zu ſolchen petitoriſchen Klagen für und wider ſeine Frau kraft Geſetzes aktive und paſſive legitimirt ſei, welche die fahrende Habe der Frau betreffen, ſo wie überhaupt zu all denjenigen Klagen, welche einem Nutznießer durch die Geſetze eingeräumt ſind.

Duranton, Cours. T. VIII p. 150. sq. p. 411.
Paillet und *Boileux*, Art. 1428. Code civil.
vgl. Annalen 11. Jahrg. S. 383, — 13. Jahrg. S. 255.

Obige Frage hat ſich mit Bezug auf die Mobiliarklagen dem Hofgerichte des Oberrheinkreiſes in nachſtehendem Falle zur Erörterung und Entſcheidung dargeboten.

J. J. Guldenſchuh erhob gegen die J. Kaiſer'ſchen Eheleute eine Klage, in welcher er von denſelben aus einem Viehkaufe 216 fl. forderte und die beiden Eheleute zur Bezahlung dieſer Summe zu verurtheilen bat. Das Amt erkannte hierauf Ladung jedoch nur in Bezug auf den Ehemann, welchem auch die Ladungsverfügung allein zugeſtellt wurde. In der feſtgeſetzten Tagfahrt erſchien derſelbe ohne Vollmacht oder Begleitung ſeiner Frau, er gab ſofort den thatſächlichen Vortrag der Klage zu und anerkannte die eingeklagte Schuld. Es erging alsdann am 23. Juli 1844 folgendes Urtheil:

Die Beklagten Eheleute ſeien für ſchuldig zu erklären, dem Kläger den Kaufpreis für zwei Zugochſen ad 216 fl. nebſt Zins vom Klagzuſtellungstag binnen 4 Wochen bei Exekutionsvermeiden zu bezahlen.

Dieſes Urtheil wurde nur dem Manne eröffnet und die Frau erhielt weder durch gerichtliche Verkündung noch durch ſchriftliche Zuſtellung Kenntniß hievon. Auf Anrufen des Klägers erließ aber das Amt am 6. September 1844 gegen beide Eheleute eine Vollſtreckungsverfügung. Die Frau erhob desfalls Einſprache und zeigte zugleich die Appellation gegen das amtliche Urtheil an. Die Einſprache wurde durch Erkenntniß vom 28. October 1844 verworfen, wogegen die Frau gleichfalls das Rechtsmittel der Appellation ergriff. Die Beſchwerde gegen beide Erkenntniſſe beſtand darin, daß das Urtheil vom 23. Juli 1844 ohne Vorladung und Gehör der Mitbeklagten Ehefrau gegen dieſelbe ergangen ſei und es wurde gebeten, das Urtheil, ſo wie eventuell die Vollſtreckungsverfügung, ſoweit dagegen appellirt worden, nämlich in Bezug auf die Ehefrau als nichtig aufzuheben.

Die Mitglieder des Gerichtshofes waren in ihren Anſichten über dieſen Rechtsfall getheilt. Ein Votant hielt die Beſchwerde für ungegründet und beantragte eine

Digitized by Google

Beſtätigung der amtlichen Erkenntniſſe, dieſen Antrag in nachſtehender Weiſe, motivirend:

Es handelt ſich in dieſer Sache um die Rechtsfrage, in wie weit der Mann in Klagen für und wider ſeine Frau die letztere kraft Geſetzes und ohne ihre beſondere Vollmacht vertreten dürfe? Es wird dabei natürlich vorausgeſetzt, daß die Klage *ausdrücklich gegen die Ehefrau gerichtet wurde*, ſei es gegen ſie allein, oder gegen ſie und ihren Mann als Streitgenoſſen. Denn es iſt eine, hiemit durchaus nicht zu verwechſelnde Frage, ob und in wie weit Urtheile, die *nur gegen den Mann als Beklagten* gerichtet ſind, die Frau aber nicht *mit*verurtheilen, gegen letztere resp. *ihr* Vermögen geltend gemacht werden können? Die Verwechslung dieſer beiden Fragen hat ſchon oft Mißverſtändniſſe hervorgerufen.

In vorliegendem Falle iſt die Frau ausdrücklich als *Mitbeklagte* belangt worden, der Ehemann hat auch in *ihrem* Namen geantwortet,*) und es fragt ſich nur, ob die von dem Manne geſchehenen Prozeßhandlungen, obwohl er keine Vollmacht von der Frau vorgelegt hat, dennoch als von der Frau geſchehen zu betrachten ſeien, bis ſie das Urtheil im Wege der Reſtitution wegen Colluſionen oder Betrug ihres Mannes mit Erfolg angegriffen hat, was ihr nach §. 1252 Abſ. 6 der P. O. in jedem Falle freigeſtellt bleiben muß.

Duranton VIII. Nr. 393.

Der Mann iſt, wenn nicht beſondere Gedinge entgegen ſtehen oder Vermögensabſonderung erkannt wurde, *kraft Geſetzes* der Verwalter *alles eigenen Vermögens der Frau*, L. R. S. 1428, 1531, 1549 und kann folglich alle Verwaltungshandlungen ohne ihren Auftrag vornehmen.

Das Geſetzbuch ſpricht zwar mehrfältig von Verwaltungshandlungen im Gegenſatze von Veräußerungshandlungen (im weiteren Sinne des Wortes), ohne daß, wie Zachariä III B. S. 428. Not. 1 bemerkt, irgendwo im Allgemeinen oder daß in jeder einzelnen Stelle genau beſtimmt wird, wie weit ſich dieſe Handlungen erſtrecken. L. R. S. 125, 481, 482, 1536, 1576, 1988. In der That — ſagt Zachariä weiter — laſſe ſich *nur ſeine* (freilich immer etwas ſchwankende) Definition rechtfertigen; im übrigen ſei die Frage in das Ermeſſen des Richters geſtellt, welcher jedoch *vor allen Dingen die Eigenthümlichkeit eines jeden einzelnen Falles zu betrachten habe.*

Im Allgemeinen wird wohl kaum zu läugnen ſein, daß die Generalvollmacht, welche das Geſetz dem Manne in Anſehung des Vermögens der Frau in die Hände gelegt hat, nach den beſonderen Verhältniſſen, in welchen die Ehegatten zu einander ſtehen, *weit eher eine Ausdehnung* geſtattet, als die Generalvollmacht, welche ſonſt eine Perſon einer andern verleiht. L. R. S. 1988. Denn man muß von der Unterſtellung ausgehen, daß der Mann das Intereſſe ſeiner Frau ſchon deßwegen, weil ſie ſeine Frau iſt und ihr Vermögen auch ihm wieder zu gut kömmt, eifriger wahre, als es zwiſchen Perſonen der Fall iſt, die in keinem ſo innigen Verhältniſſe ſtehen.

Was nun die Führung von Proceſſen insbeſondere betrifft, ſo giebt ſchon der L. R. S. 482 deutlich zu erkennen, daß Streitigkeiten über Mobiliarrechte zu den Verwaltungshandlungen gehören und der L. R. S. 1428 ſpricht überdies ausdrücklich von Mobiliarklagen als von ſolchen, deren Verfechtung dem Manne kraft ſeines Verwaltungsrechtes allein zuſtehen ſolle. Es iſt dabei auch noch niemals bezweifelt worden, daß

1) der Ausdruck „Mobliarklagen" im Sinne des L.R.S. 529 zu verſtehen iſt,

2) daß ſich die Vertretung ſowohl auf die Vertretung in der Rolle des *Klägers* als in der Rolle des *Beklagten* bezieht: „le mari peut aussi *répondre* seul aux actions mobiliàres intentées contre sa femme". (*Pothier*). *Bellot* I. 484 *Duranton* VIII. 393.

Toullier geht ſogar noch weiter und dehnt beides auch auf *liegenſchaftliche* Rechte aus. Endlich wird

3) eben ſo wenig zu bezweifeln ſein, daß „Alleinhandeln" ſoviel heißt als ein Handeln ohne alle Mitwirkung, Befragung oder Genehmigung der Frau. Da nun die Klage auf Bezahlung einer Geldſchuld zweifellos eine Mobliarklage iſt, ſo folgt aus dem Bisherigen mit Nothwendigkeit, daß der Mann die Frau, wenn ſie mit einer ſolchen Klage belangt wird, allein vertreten kann, und ſelbſt nicht einmal die Zuſtellung der Klage an die Frau, d. h. eine an ſie zugeſchehende beſondere Mittheilung der Klagſchrift iſt zur Rechtsbeſtändigkeit des Verfahrens nothwen-

*) Das läßt ſich nicht behaupten, weil die Ladung *nur gegen den Mann* erkannt war, welcher übrigens, um Geſtändniſſe im Namen ſeiner Frau abzulegen, jedenfalls einer Spezialvollmacht bedurft hätte. P. O. §. 142. Nr. 12. D. R.

Digitized by Google

dig, wie der Caſſationshof wiederholt ausgeſprochen hat. Sirey 1812 p. 357. 1829 I. p. 131.

Das vorliegende Urtheil und Verfahren iſt hiernach durchaus rechtsbeſtändig. Die Majorität des Collegiums war mit dieſem Votum nicht einverſtanden, indem ſie die Beſchwerde für begründet erachtete. Es wurde daher durch hofgerichtliches Urtheil vom 18. Juni 1845 erkannt:

Der amtliche Beſcheid ſei, in ſo weit dagegen appellirt worden, nämlich in Bezug auf die Verurtheilung der Beklagten Ehefrau aufzuheben und der Kläger in die Koſten dieſer Inſtanz zu verfällen.

Die Entſcheidungsgründe, welche die Anſicht der Majorität enthalten, lauten wie folgt: Auf die Klage, die beiden Kaiſerſchen Eheleute ſchulden dem Kläger aus einem Viehkaufe die Summe von 216 fl. und das Geſuch des Klägers, ſie beide als Beklagte zu deren Zahlung zu verurtheilen, hat der Unterrichter nur in Beziehung auf den Beklagten Ehemann Ladung erlaſſen. Auf deſſen Geſtändniß der Klagthatſachen und Anerkennung der Schuld verurtheilte er nicht nur ihn, ſondern auch die verklagte Ehefrau zur Zahlung der 216 fl.

Dieſe beſchwert ſich über das unterrichterliche Urtheil zunächſt, weil ſolches ohne ihr Gehör und ſelbſt ohne ihre Vorladung ſie zur Zahlung einer nicht exiſtirenden Schuld verfällt.

Die appellantiſche Ehefrau ſtützt ihre Beſchwerde vor allem auf den Rechtsſatz, der Ehemann ſei nicht befugt, ſeine Ehefrau in ihrem Rechtsſtreite zu vertreten, namentlich nicht bei gegen ſie erhobenen Schuldklagen.

Sowohl dieſer Rechtsſatz als folgeweiſe die darauf geſtützte Beſchwerde iſt geſetzlich begründet.

Ehefrauen ſind als rechtsfähige Perſonen nach allgemeinen Grundſätzen wie nach §. 82 der P. O. befugt, ſich ſelbſt vor Gericht zu vertreten. Auch in L. R. S. 215 ff. iſt dieſer Grundſatz dahin anerkannt, daß eine Ehefrau, wie auch ihre eheliche Vermögensverhältniſſe beſtimmt ſein mögen, nur der Ermächtigung des Ehemannes für ihre Proceßführung bedürfe.

Eine Ausnahme von dieſem Grundſatze iſt durch kein Geſetz weder ausdrücklich noch folgeweiſe feſtgeſetzt. *)

*) Dagegen ermächtigt das Geſetz die Ehefrau, in Fällen, wo Gefahr auf dem Verzuge haftet, für den Mann vor Gericht aufzutreten, oder Vollmacht für ihn zu ertheilen. P. O. §. 135.

D. R.

Nur über das Gemeinſchaftsvermögen, nicht aber über das der Frau eigene Vermögen kann der Mann verfügen, an dieſem ſteht ihm nur die Verwaltung zu. L.R.S. 1421, 1428 Nr. 1. Daraus folgt, daß der Ehemann, ſo wenig er durch einen Vertrag, durch eine Schuldanerkennung oder einen Verzicht außergerichtlich das Vermögen der Frau mit Schulden belaſten oder veräußern kann, ihm eine ſolche Verfügungsgewalt eben ſo wenig in einem Rechtsſtreite und mithin auch die Vertretung der Frau nicht zuſteht.

Es wird nun aber die Anſicht, daß der Mann mit Ausnahme von petitoriſchen Klagen auf Liegenſchaften der Frau, dieſe in allen anderen Rechtsſtreiten vertreten könne, aus der Vorſchrift in L. R. S. 1428 Nr. 2 gefolgert und behauptet, daß Urtheile, welche in Folge jener Vertretung des Mannes, ohne alle Mitwirkung der Frau, ergangen ſeien, gegen dieſe und ihr Vermögen dieſelbe rechtliche Wirkung haben, wie wenn ſie ſelbſt den Rechtsſtreit geführt hätte.

Allein abgeſehen von der Frage, ob jene Beſtimmung ſolche fahrende Habe der Frau zum Gegenſtande hat, welche nicht in die Gütergemeinſchaft fällt, ſo würde nach jener Folgerung aus ihr dem Manne eine Verfügung über das der Frau eigene Vermögen ertheilt, ohne daß die Frau, ſo lange die Gemeinſchaft beſteht, ein ſicheres Mittel hätte, ihr Vermögen vor Benachtheiligung zu wahren, ſelbſt die Veräußerung ihrer Liegenſchaften zur Vollſtreckung eines ſolchen nur durch den Mann herbeigeführten Urtheiles könnte der Mann veranlaſſen. Der Geſetzgeber hat aber ſeinen Willen, daß das Vermögen der Frau durch die Handlungen des Mannes nicht ſolle gefährdet werden können, deutlich in den Beſtimmungen über die Vorrechte ausgeſprochen, welche er der Frau bei der Gütergemeinſchaft verliehen hat und welche eine weſentliche Grundlage des ganzen Inſtituts enthalten.

Zachariä, Handbuch §. 504.

Namentlich ſteht jene Folgerung aus L. R. S. 1428, Nr. 2 im Widerſpruch mit der Beſtimmung des L. R. S. 1483, wodurch der Frau ein Mittel gegeben iſt, ihr Vermögen unter allen Vorausſetzungen gegen Verbindlichkeiten zu ſichern, welche wie ein Urtheil in einem von dem Manne allein geführten Rechtsſtreite, ihre Entſtehung durch die Handlungen des Mannes ohne ihre Mitwirkung erhalten haben.

Digitized by Google

So ſpricht ſich die Quelle jenes L. R. S. 1483, nämlich der Art. 228 der coutume de Paris, allgemein dahin aus, daß der Mann ſeine Frau ohne ihre Einwilligung nicht verpflichten könne, außer bis zu ihrem Antheile an der Gütergemeinſchaft.

Und übereinſtimmend hiemit erklären

Zachariä, Handbuch §. 509,

Brauer, Erläut. III. Band S. 351,

Merlin, répertoire m. communauté §. V. Nr. II.

daß Urtheile in Proceſſen über das Vermögen der Frau, wenn dieſe an dem Rechtsſtreite nicht ſelbſt Theil nimmt, nur gegen den Mann und die Gütergemeinſchaft, nicht aber gegen die Frau rechtliche Wirkung haben. *)

Hiernach iſt die Beſchwerde der Appellantin gegen das amtliche Urtheil, ſo weit ſie dadurch ohne Gehör zur Zahlung verfällt wurde, gegründet und mußte daher hinſichtlich der Koſten nach §. 169 der Proceß-Ordnung wie geſchehen erkannt werden.

Haager.

*) Dieſer Satz iſt jedenfalls dann unbeſtreitbar, wenn zwar die Frau gemeinſchaftlich mit dem Manne belangt, die Ladung aber nur in Bezug auf den Letzteren erkannt worden iſt. Hier iſt die Frau nicht Streitgenoſſe und überhaupt nicht Partei in dem gegen ihren Ehemann geführten Rechtsſtreite. Daraus ergibt ſich die prozeſſualiſche Natur der vorliegenden Frage; denn könnte auch der Mann die Frau in allen Rechtsſtreitigkeiten unbedingt vertreten, ſo würde es doch in concreto an einer ſolchen Vertretung fehlen, weil die Ladung nur gegen den Mann erkannt, die Frau nicht zur Vernehmlaſſung aufgefordert und alſo durch den amtlichen Beſcheid in der That ungehört verurtheilt worden iſt. Der Mann hatte nur ſich ſelbſt vertreten; die Mitverurtheilung ſeiner Frau iſt daher eine prozeſſualiſche Nichtigkeit, welche die Aufhebung des amtlichen Erkenntniſſes ſchon allein rechtfertigt. D. R.

II.

Ein Beitrag zur Erläuterung des Art. 7. der Proceßnovelle.

In einer zum ſummariſchen Verfahren geeigneten Forderungsſache hat das Untergericht eine Beweisverfügung erlaſſen, welche dem beweispflichtigen Kläger am 6. Auguſt 1845 ſchriftlich behändigt worden iſt, ſo daß nach Maßgabe des §. 230 der Proceßordnung die präfigirte achttägige Beweisfriſt mit dem 15. Auguſt umfloſſen war. Deſſenungeachtet hat das Gericht den Producenten noch am 19. Auguſt zur mündlichen Beweisantretung zugelaſſen, in der Sache ſelbſt weiter verhandelt, am 17. Februar d. J. das Endurtheil erlaſſen, und in den Motiven dazu ausdrücklich erwähnt, daß die Beweisantretung vom 19. Auguſt nicht als verſpätet zu betrachten ſei. *)

Daß durch dieſes Verfahren die Vorſchriften des Art. 7 der Proceßnovelle verletzt ſind, wird Niemand bezweifeln, der dieſes Geſetz einmal geleſen hat. Demnach hätte am 16. Auguſt auch ohne Anrufen des Producten das Endurtheil erlaſſen werden ſollen, welches, wie bemerkt, erſt am 17. Februar geſchehen iſt. Es wäre dieſes Verfahren vielleicht mit einem Irrthum zu entſchuldigen, wenn die Sache nicht im Wege der Beſchwerdeführung an das großherzogliche Hofgericht des Mittelrheinkreiſes gebracht, und dort die Anſicht ausgeſprochen worden wäre, daß die fragliche Beweisantretung allerdings verſpätet ſei, wodurch ſich der Unterrichter hätte veranlaßt ſehen ſollen, wenigſtens jetzt das Urtheil zu erlaſſen, und nicht noch weitere Verhandlungen zu pflegen.

Adam.
Rechtsanwalt.

*) Man vergl. damit die gediegene Abhandlung in den Annalen von 1845. Nr. 45 u. 46, beſonders S. 354. D. R.

III.

Forſtberechtigungen.

Die in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern an mehreren Orten und zuletzt im Jahrgang VIII S. 585 und 586 mitgetheilte Anſicht, daß Forſtberechtigungen vom 1. September 1834 rückwärts durch unfürdenkliche Verjährung erworben werden konnten — iſt von dem zweiten Senat des oberſten Gerichtshofs wieder verlaſſen und nunmehr jene Meinung für die richtigere erkannt, wornach die unvordenkliche Verjährung bereits am 1. Januar 1810 vollendet ſein mußte. Vergl. Annalen von 1845 Nr. 21. Die neueſten Präjudicien dieſer Art ſind ergangen in Sachen.

1) v. Andlaw gegen Hugſtetten am 26. Febr. 1846.

2) v. Landenberg gegen Untermünſterthal am 16. April 1846.

In beiden Fällen handelte es ſich um ein Beholzungsrecht. D. R.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 22. Karlsruhe den 30. Mai 1846.

I.

Iſt das Ganterkenntniß im Falle des §. 814 Nr. 2 der Proceßordnung von Amtswegen (d. h. ohne Antrag eines Gläubigers) zu erlaſſen?

Erſter Artikel.

In dem Aufſatze II. der Nr. 14 der diesjährigen Annalen iſt verſucht worden, die Verneinung obiger Frage zu rechtfertigen; allein dieſe Anſicht (welche an und für ſich allerdings dem Grundſatze der Verhandlungsmaxime: Ne judex procedat ex officio! entſpräche) wird durch den Inhalt des Commiſſionsberichts zu §. 814 der Proceßordnung aufs Klarſte widerlegt, welcher zeigt, daß man aus wohlüberdachten Gründen die beſtimmte *Abſicht* hatte, in den Fällen des §. 814 Nr. 2, 3, 4 der Proceßordnung, die Eröffnung der Gant von Amtswegen ausſprechen zu laſſen.

Wenn es überhaupt bei dem Studium der Geſetze, welche unter Mitwirkung der Stände gegeben worden ſind, unerläßlich iſt, den ſtändiſchen Berathungen zu folgen, die Regierungsvorlagen und deren Begründung mit den Commiſſionsberichten und Anträgen, dann mit den Discuſſionen und Beſchlußfaſſungen zu vergleichen, um die Abſicht des Geſetzgebers und den Zweck der geſetzlichen Beſtimmungen zu erforſchen, ſo ſollten ſolche Forſchungen um ſo weniger unterbleiben, wenn ſie durch eine ſo treffliche und gediegene Arbeit wie dies der Commiſſionsbericht über den 41. Titel des Entwurfs einer neuen Proceßordnung (I. Beilagenheft zum Archiv für Rechtspflege und Geſetzgebung im Großherzogthum Baden) iſt — ſo weſentlich erleichtert werden.

Es iſt daher zu bedauern, daß der verehrte Herr Verfaſſer des oben bezeichneten Artikels ſich (wie es ſcheint) darauf beſchränkt hat, die freilich mehr oberflächlich gehaltenen Motive, welche von *Weiler* zur Erläuterung des §. 814 der Proceßordnung für genügend erachtete — zu berückſichtigen.

In dem Commiſſionsberichte iſt nämlich ausgeführt, „die badiſche Praxis habe früher — den Proceßvorſchriften des gemeinen Rechts folgend — in den Fällen des §. 814 Nr. 2—4 der Proceßordnung, ja ſogar noch in anderen, die Gant von Amtswegen eröffnet, obgleich nach den L.R.S. 808, 812, 813, 814 in ſolchen Fällen die Gant nicht von Amtswegen zu erkennen wäre, ſondern der Vorſichtserbe beziehungsweiſe der zu ernennende Erbpfleger die Gläubiger nach der Ordnung, wie ſie ſich melden, bis zur Erſchöpfung des Vermögens zu befriedigen habe, ſo lange nicht einzelne Gläubiger durch ihre Einſprache eine richterliche Location oder Anweiſung erwirken. Nun ſei zwar das gemeine deutſche Recht einer ſtrengeren Verhandlungsmaxime gemäß dahin abzuändern, daß gegen den Schuldner, *ſo lange er ſelbſt noch vorhanden iſt*, nie von Amtswegen die Gant zu eröffnen, weil — ſo lange Gläubiger und Schuldner einander gegenüberſtehen, kein Grund vorhanden ſei, ohne Aufforderung des einen oder andern zu handeln und weil — wenn gleich eine Ueberſchuldung vorliege, dennoch dem Gläubiger oft übel damit gedient ſein könne, wenn auf ſeine mit andern zuſammentreffende Vollſtreckungsgeſuche das Gantverfahren eingeleitet und ihm dadurch die Ausſicht entzogen werde, im Falle der oft leicht möglichen Erhohlung des Schuldners noch volle Befriedigung zu erlangen.

Allein alle dieſe Gründe treffen nicht mehr ein,

Digitized by Google

wenn der Schuldner geſtorben und kein für ihn eintretender Erbe vorhanden ſei.

Hier könne nämlich von einer im Intereſſe der Gläubiger zu erwartenden Vermögensverbeſſerung des Schuldners keine Rede ſein; an die Stelle der hier nicht möglichen eigenen Zahlungsunfähigkeitserklärung des Schuldners müſſe daher die bei der todten Maſſe ſich zeigende Thatſache der Unzulänglichkeit treten: es ſei alſo vorzuziehen, in ſolchen Fällen eine Vorladung aller Gläubiger zur verhältnißmäßigen Vertheilung der vorhandenen Vermögensmaſſe zu erlaſſen, d. h. das Gantverfahren zu eröffnen, ſtatt dem blinden Zufalle zu überlaſſen, welcher Gläubiger zuerſt erſcheine und das vom Schuldner hinterlaſſene unzureichende Vermögen für ſich wegnehme.“

Der §. 821 der Proceßordnung entſcheidet: wodurch? und §. 814 der Proceßordnung: wann? der Richter die Gant zu eröffnen hat und dieſer letztere Paragraph beſtimmt u. A., die Gant ſei zu eröffnen, ſobald zu einer überſchuldeten Erbſchaft ſich kein Erbe finde. Da nun hier nicht — wie im Falle der §§. 815, 816 der Proceßordnung — auch noch das Betreiben eines oder mehrerer Gläubiger als weiteres Erforderniß der Ganteröffnung bezeichnet und aus dem angeführten Inhalt des Commiſſionsberichts der Grund hiervon deutlich zu erſehen iſt, ſo wie daß man den Gerichtsgebrauch vor Einführung der Proceßordnung, durch dieſe in den Fällen des §. 814 2—4 der Proceßordnung, deßhalb geſetzlich ſanktioniren wollte, weil er ſich praktiſcher darſtellt, als eine folgerichtige Durchführung der Verhandlungsmaxime, ſo werden wohl L.R.S. 6 b. und §. 5 der Proceßordnung keine Waffen zum Angriff auf die Anwendung des §. 814 Nr. 2 der Proceßordnung, welche deſſen Grund und Zweck entſpricht, bieten!

Wenn der Geſetzgeber außer den in §. 814 aufgeführten Gründen zur Ganteröffnung noch weitere für nöthig erachtet hätte, ſo würde er dieſelben auch haben angeben müſſen; da er nun aber dies nirgends gethan, vielmehr in §. 814 ſich darüber erſchöpfend ausgeſprochen, in welchen Fällen ohne Antrag eines Gläubigers Gant zu eröffnen, und in §. 821 der Proceßordnung angeordnet hat, daß dieſe Ganteröffnung durch das Ganterkenntniß auszuſprechen ſei, ſo wird ſich das Vorhandenſein eines der in §. 814 der Proceßordnung bezeichneten Fälle zum Ganterkenntniß wie Grund und Folge verhalten und es wird nicht angehen, noch einen andern Grund als Mittelglied hereinzuziehen.

Welchen Unterſchied aber der Verfaſſer des im Eingang bezeichneten Aufſatzes zwiſchen „Grund“ und „Veranlaſſung“ zum Ganterkenntniß findet und macht, vermag ich nicht einzuſehen.

Daß derſelbe zu weit geht, wenn er zur Widerlegung der geſetzlich ſanktionirten Praxis den Richter auf die Fährte von Erbſchaftsentſagungen ſchickt und ihm hierbei Tag und Nacht keine Ruhe gönnen will, bedarf wohl keiner beſonderen Ausführung. Man könnte ebenſo wohl (beziehungsweiſe: ebenſo wenig) behaupten, der Richter habe in dem Falle des L.R.S. 1007 nach Teſtamenten zu fahnden, welche ſich zur Vorlage an ihn, zur Eröffnung und Fertigung einer Beſchaffenheitsurkunde durch ihn eignen: es wird aber keinem Richter eine derartige Vigilanz als Pflicht vorſchweben und zugemuthet werden; man wird vielmehr annehmen müſſen, daß auch die Staatsſchreibereibehörde ihrerſeits ihr Schuldigkeit kenne und thue und die Oberbehörde, welcher deren Ueberwachung zukommt, wird einzelne Ueberſehen, wenn ſolche ſtattgefunden haben, rügen und abſtellen; nöthigenfalls werden betheiligte Gläubiger die Nachholung des Verſäumten anregen. Die Staatsſchreibereibehörde kennt, wie der Richter, die auf dem Grundſatz des franzöſiſchen Rechts, daß Rechtsgeſchäfte, bei denen Dritte betheiligt ſind, für dieſe offenkundig gemacht werden ſollen — beruhende Verfügung des L.R.S. 784, ſie wird daher dem Gantrichter Acten über Aufnahme überſchuldeter Verlaſſenſchaften nicht auf die bloße Erklärung der zur Erbſchaft Berufenen vorlegen, daß ſie dieſe Erbſchaft ausſchlagen — ſondern erſt dann, wenn ſie Urkunde über den Eintrag dieſer Erklärung in das hierzu beſtimmte Buch erhalten und ſich vergewiſſert hat, daß dieſer Eintrag von allen Erbbetheiligten bewirkt worden iſt.

Da aber der Richter vor jeder Einſchreitung von Amtswegen jeweils ſich überzeugt haben muß, daß die geſetzlichen Vorausſetzungen zu ſolcher vorliegen und da er dieſe Ueberzeugung hier nur durch Prüfung des Acteninhalts gewinnen kann, ſo wird ihm allerdings die Einſicht der Amtsreviſoratsacten nicht erlaſſen werden können, wenn er nicht blindlings der ſchriftlichen Mittheilung des Amtsreviſorats Folge geben und ſich der Gefahr ausſetzen

Digitized by Google

will, ſich bloßzuſtellen. Findet er aber, daß nicht alle Erben oder daß ſie nicht unter den geſetzlich gebotenen Formen auf eine überſchuldete Erbſchaft Verzicht geleiſtet haben, ſo wird er allerdings die Acten dem Amtsreviſorat unter Hinweiſung auf die entdeckten Mängel zurückgeben und den Betheiligten überlaſſen müſſen, jene zu verbeſſern.

Gegen läſſige Erben iſt übrigens der Gläubiger durch L.R.S. 797, 798, 798 a. geſchützt. Wenn §. 814, 815 der Proceßordnung die Vorausſetzungen der Ganteröffnung (deren Gründe oder Veranlaſſungen) aufzählt, §. 821 die Art und Weiſe der Ganteröffnung beſchreibt und §. 823 der Proceßordnung die Zeit ihrer Wirkung gegen den Schuldner und Dritte und für die Gläubiger bezeichnet, ſo läßt ſich doch wohl hieraus nicht nachweiſen, daß, wenn Gründe zur Ganteröffnung vorliegen, der Richter dieſe nicht ausſprechen dürfe!

Die §§. 814, 815 der Proceßordnung beſtimmen, der Richter dürfe, wenn die Perſon des Schuldners vorhanden iſt, die Gant nur erkennen auf Antrag

a. entweder der Gläubiger (§. 815 der Proceßordnung)

b. oder des Schuldners (§. 814 der Proceßordnung).

Da nun §. 814 die Fälle, in welchen die Perſon des Schuldners nicht vorhanden, deſſen Vermögen aber überſchuldet und kein Rechtsnachfolger in ſeine Stelle getreten iſt, ebenſo als Gründe zur Ganteröffnung bezeichnet, wie den vom Schuldner geſtellten Antrag, ſo ergibt ſich eben hieraus, daß in dem einen wie in dem andern aller dieſer Fälle der Richter ohne Weiteres das Ganterkenntniß zu erlaſſen und zu eröffnen hat.

Die Wortfaſſung des L.R.S. 1269 läßt ſich hiergegen nicht anführen; dieſe Geſetzesſtelle will nämlich nur die Rechte bezeichnen, welche aus der Vermögensabtretung für die Gläubiger entſpringen und erklärt, dieſelbe übertrage nicht das Eigenthum des abgetretenen Vermögens auf die Gläubiger, ſondern gebe dieſen nur das Recht: „de faire *vendre* les biens à leur profit“; das Wort „verganten“ iſt aber bei der Ueberſetzung wohl nur deßhalb für das Wort: „verkaufen“ gewählt worden, um darauf hinzuweiſen, daß bei uns in Baden die Veräußerung keine außergerichtliche ſei, ſondern im Vollſtreckungswege geſchehe,

cfr. Bayer, Concursproceß §. 1 Note 3. §. 842 der Proceßordnung;

während das franzöſiſche Recht weder unſer deutſches Gantverfahren, noch eine regelmäßige Mitwirkung der Gerichte bei Zwangsveräußerungen kennt.

Zachariä, §. 582; Art. 749 ff., 656 ff., Art. 550, 556, 585, 545, 780 du Code de commerce.

Hiernach beruht die Behauptung, L.R.S. 1269 habe den Gläubigern ein Wahlrecht einräumen und die Ganteröffnung ihrer Verfügung anheimgeben wollen, auf einer unrichtigen Unterſtellung; vielmehr wollte der Geſetzgeber in jenem Artikel nur erklären, daß nicht das Eigenthum an dem den Gläubigern abgetretenen Vermögen auf dieſe übergehe.

§. 821 ſetzt keineswegs den Antrag eines oder mehrerer Gläubiger bei jedem Ganterkenntniß voraus, ſondern beſtimmt nur, daß das Ganterkenntniß nicht allein dem Gemeinſchuldner (oder dem, der deſſen fehlende Perſon vertritt) ſondern auch, wenn es (im Falle des §. 815 der Proceßordnung) auf Antrag von Gläubigern erlaſſen wurde — auch dieſen eröffnet werde.

Durch dieſe Entgegnung hoffe ich dargethan zu haben, daß der Wunſch des Verfaſſers jenes Aufſatzes in Nr. 14 der Annalen von dieſem Jahre das von ihm angefochtene Verfahren möge aufgegeben werden — nicht gerechtfertigt erſcheine und ſpreche meinerſeits die Erwartung aus, daß dieſes dem Geſetze und der Abſicht des Geſetzgebers entſprechende Verfahren nicht bloß: „ziemlich allgemein“ bleiben, ſondern überall und in jedem Falle eingehalten werde.

Was nun endlich das Résumé am Schluſſe des bezeichneten Aufſatzes betrifft, ſo halte ich die unter a. und b. geſchiedenen (in §. 814. 1 der Proceßordnung aber zuſammengeſtellten) Fälle — der Abſicht des Schuldners und der Wirkung nach — für ganz gleich. In dem einen wie in dem andern dieſer Fälle wird der Schuldner kaum den ausdrücklichen Antrag ſtellen: „Ich bitte, Gant gegen mich zu erkennen! ſondern ſich darauf beſchränken zu erklären, entweder:

„Ich zeige an, daß mein Vermögen zur Befriedigung meiner ſämmtlichen Gläubiger nicht hinreicht!“

oder:

„Da ich aus meinem Vermögen meine Gläubiger nicht befriedigen kann, ſo überlaſſe ich ihnen daſſelbe vollſtändig!“

und der Richter wird hieraus ſchon erſehen, was ſeines Amtes ſei, nämlich nach §. 814, 1., 821 der Proceßord-

Digitized by Google

nung Gant gegen den, der eine ſolche nicht zu mißdeutende Erklärung abgab, zu erkennen.

Der Fall unter c. wird ſich in Bezug auf die Thätigkeit des Richters darauf beſchränken, daß ſobald das Amtsreviſorat Verlaſſenſchaftsacten mit der Anzeige vorlegt, die Erbſchaft ſei ausgeſchlagen und überſchuldet, nach der Richtigkeit dieſer Anzeige in den Acten geforſcht und wenn gefunden wird, daß die Verlaſſenſchaft nach der Aufnahme überſchuldet erſcheint und daß ſämmtliche zur Erbſchaft Berufenen unter den geſetzlichen Förmlichkeiten erklärt haben, ſie entſchlagen ſich derſelben — nunmehr ohne weiteres das Ganterkenntniß erlaſſen und dem Vertreter des ledigen Erbes eröffnet, anderfalls aber dem Amtsreviſorat unter Rückgabe ſeiner Acten bemerkt wird, daß und warum kein Grund zur Erlaſſung eines Ganterkenntniſſes vorliege. —

Ganz daſſelbe Verfahren wird auch in den unter d. erörterten Fällen des §. 814, 3 der Proceßordnung einzuhalten ſein.

Die Belehrung der Betheiligten über die einzuhaltenden Förmlichkeiten iſt den Staatsſchreibereibehörden zur Pflicht gemacht und wird allerdings nicht dem Richter zukommen.

Stempf.

Zweiter Artikel.

Gegen den Aufſatz in Nr. 14. S. 108 dieſer Blätter, Jahrgang 1846.

Der Verfaſſer des angeführten Aufſatzes bemüht ſich durch verſchiedene Gründe darzuthun, daß im Falle der Proceßordnung §. 814. Ziffer 2 die Gant keineswegs von Amtswegen zu eröffnen ſei. Er ſpricht von einer entgegenſtehenden Praxis, die ſich „gebildet haben ſoll" und wagt es das Verfahren unſerer Untergerichte und Amtsreviſorate, ſowie auch die in Weiler's Motiven gegebene Erläuterung geradezu für ungeſetzlich und irrthümlich zu erklären, während ihn eine nähere Vergleichung der zu Gebot ſtehenden Quellen von der Unhaltbarkeit ſeiner Anſicht hätte überzeugen müſſen. Da ſolche grundloſe, obſchon gutgemeinte, Angriffe auf feſtſtehende Rechtsanſichten, Angriffe, die immerhin bei Zweifelſüchtigen nicht ganz ohne Wirkung bleiben mögen, in ähnlicher Weiſe, ſchon mehrfach hervorgetreten ſind, ſo fühlt ſich der Einſender veranlaßt, den vorliegenden erneuten Angriff entſchieden zu bekämpfen.

Schon aus einer unbefangenen Betrachtung des §. 814 und aus der Vergleichung deſſelben mit §. 815 ergibt ſich ziemlich klar, daß der erſtere diejenigen Fälle aufzählt, in denen der Richter ohne Antrag der Gläubiger die Gant zu eröffnen hat, während der letztere Paragraph, im Gegenſatz mit erſterem, die Fälle angibt, in denen der Richter, ohne das Vorhandenſein der Erforderniſſe des §. 814, auf Antrag der Gläubiger die Gant zu erkennen hat. Daß in §. 814 nirgend ein Antrag eines Gläubigers erwähnt iſt, und in Ziffer 1 die Faſſung „wenn der Schuldner ſelbſt — — anzeigt", ohne den Beiſatz: „und auf Ganteröffnung anträgt" und dergl. gewählt iſt, erſcheint in der That nicht als ein bloßer Zufall, ſondern es beruht auf der unzweideutigen Abſicht des Geſetzgebers, in den Fällen des §. 814, die Ganteröffnung von Amtswegen eintreten zu laſſen.

Dies iſt nicht blos aus den vom Verfaſſer jenes Aufſatzes erwähnten Motiven Weilers zu erſehen, ſondern es ergibt ſich auf das Klarſte aus dem Bericht der Geſetzgebungscommiſſion vom 15. November 1830, erſtattet an S. K. H. den Großherzog und aus Bekks allbekanntem Commiſſionsberichte, erſtattet in der II. Kammer der Landſtände im Jahr 1831 (12tes Beilagenheft der Verhandlungen. S. 31. folg. *). Weiler bemerkt zu Proceßordnung §. 814 — 816:

„Im letzteren Falle (§. 815) jedoch darf die Unterſuchungsmaxime nicht über die Verhandlungsmaxime die Oberhand gewinnen, und es muß immer der Antrag der Gläubiger hinzukommen, ehe der Richter die Gant eröffnet, wenn nicht aus den Handlungen des Schuldners die geſetzliche Ermächtigung hervorgeht, wie in den Fällen des §. 814."

Die Geſetzgebungscommiſſion äußert ſich in dem angeführten Berichte unter Nr. VII. 10. folgendermaßen:

„Die beſonderen Fälle erledigter Erbſchaften und einer verdächtigen Entfernung des Schuldners ausgenommen, ſoll daher der Richter nach dem Entwurfe niemals von Amtswegen, ſondern nur, wenn der Schuldner die Wohlthat der Vermögensabtretung anſpricht, oder auf den, nur unter beſtimmten Vorausſetzungen zuläſſigen, Antrag

*) Vergleiche: Thilos erläuterte Proceßordnung S. 314. und Stempf Gantverfahren und Gantrecht §. 10.

Der Einſender.

Digitized by Google

der Gläubiger die Gant erkennen, niemals zur Einleitung eines Gantverfahrens Vermögensunterſuchungen anordnen, ſondern dem Schuldner, der jenem Antrage widerſpricht, nur die Auflage machen, ſeine Zahlungsmittel nachzuweiſen."

In dem von Bekk erſtatteten Commiſſionsbericht endlich iſt Nachſtehendens zu leſen:

„In den Fällen Nr. 2 und 3 wäre nach dem franzöſiſchen Civilgeſetzbuch (ſ. Art. 808, 812 — 814) keine Gant von Amtswegen zu erkennen, ſondern der Vorſichtserbe, oder wenn gar keine Erbe vorhanden iſt, der Erbpfleger, hätte die Gläubiger, ſo lange ſie nicht Einſprache erheben, und eine richterliche Location oder Anweiſung erwirken, nach der Ordnung, wie ſie ſich melden, bis zur Erſchöpfung des Vermögens zu befriedigen; wornach, obgleich die Unzulänglichkeit ſchon von Anfang offen vorliegt, dennoch derjenige Gläubiger, der ſich zuerſt meldet, vollkommene, und der ſpäter erſcheinende gar keine Zahlung erhält."

„Deſſen ungeachtet hat die badiſche Praxis dieſe Grundſätze nicht als den im Allgemeinen noch geltenden Proceßvorſchriften des gemeinen Rechtes derogirend angeſehen, und in dem angegebenen, ſowie in noch weiteren Fällen die Gant von Amtswegen eröffnet."

„Vorausſetzend, daß ſo lange der Schuldner ſelbſt noch vorhanden, nie von Amtswegen die Gant zu eröffnen iſt, weil ſo lange Gläubiger und Schuldner einander gegenüberſtehen, kein Grund vorliegt, ohne Aufforderung des einen oder andern, nach Umſtänden ſelbſt gegen das Intereſſe des Gläubigers zu handeln, überzeugte man ſich, daß alle dieſe Gründe nicht mehr eintreffen, wenn der Schuldner geſtorben, und kein für ihn eintretender Erbe vorhanden iſt. Von einer im Intereſſe der Gläubiger zu erwartenden Vermögensverbeſſerung des Schuldners kann hier keine Rede ſein; an die Stelle der unmöglichen Zahlungsunfähigkeits-Erklärung (nämlich von Seiten des Schuldners ſelbſt) muß die an der Maſſe ſich zeigende Thatſache der Unzulänglichkeit treten, und ſtatt es dem blinden Zufalle zu überlaſſen, welcher Gläubiger das unzureichende Vermögen für ſich wegnehme, iſt eine Vorladung aller Gläubiger zu verhältnißmäßiger Vertheilung der vorhandenen Vermögensmaſſe zu erlaſſen, d. h. das Gantverfahren zu eröffnen."

Wahrlich, nach ſo klaren, entſchiedenen und wohlbegründeten Zeugniſſen muß ſelbſt die unverbeſſerlichſte Zweifelſucht es aufgeben, das Geſetz einer andern, eigenen Wünſchen mehr zuſagenden, Auslegung zu unterwerfen. Sie mußte dies ſelbſt dann, wenn die aufzubringenden Zweckmäßigkeitsgründe probehaltiger wären, als die vom Verfaſſer des fraglichen Aufſatzes und der fraglichen neuen Anſicht vorgebrachten Gründe ſind. Es widerlegen ſich die letzteren durch das im Bekk'ſchen Commiſſionsberichte Angeführte, wornach die im §. 814 angenommene Abweichung von der Hauptregel des §. 5 der Proceß-Ordnung als eine wohlüberlegte weiſe Fürſorge im Intereſſe der mit Schaden bedrohten Gläubiger erſcheint, eine Fürſorge, welche unter den vorausgeſetzten Verhältniſſen Niemanden zu nahe tritt, mit den Anſichten geachteter Lehrer des gemeinen deutſchen Proceſſes *) und der früheren hieländiſchen Praxis im Einklang ſteht, und wenigſtens nach meinen Erfahrungen bei geeigneter Behandlung in ihrer Anwendung keine erheblichen Schwierigkeiten darbietet, vielmehr dazu dienen mag, den Schwierigkeiten und Irrungen vorzubeugen, die bei entgegengeſetzter Behandlung gar leicht entſtehen können.

Daß der Richter in vielen Fällen und namentlich im Gantverfahren öfters von Amtswegen zu handeln hat, iſt eine bekannte Sache, und es dürfte ſich über die in §. 814 etwa zu erblickende, richterliche Bevormundung keiner der Betheiligten mit Grund zu beſchweren haben, während die Ausdehnung der Regel des §. 5 der Proceßordnung in dieſem, wie in manchen ähnlichen Fällen, mehr der Bequemlichkeit oder einer auf Abwege wandelnden Conſequenz als dem Geſetz und ſeinem Geiſte entſprechen würde.

Eduard Brauer.

---

*) Vgl. Martin, Lehrbuch §. 323. Schweppe, Syſtem des Concurſes §. 107, 108. Claproth, ſummar. Proceß §. 295, auch Mackeldey, Lehrbuch des römiſchen Rechts §. 766 und Lauterbach, collegium L. 42 t. 5 §. 21. Für die Gegenanſicht: Bayer, Theorie des Concursproceſſes §. 45.

D. E.

Digitized by Google

II.

Hofgericht des Oberrheinkreiſes.

I.

1) Appellation gegen ein Verſäumnißerkenntniß, auf die Behauptung, daß ein geſetzwidrig angedrohter Rechtsnachtheil ausgeſprochen und eine Verſäumung nicht begangen worden ſei (§§. 653 und 1178 d. P. O. und Art. 10 der Nov.)
2) Geſetzwidrige Trennung der Verſäumungserklärung und des Ausſpruchs, was in der Sache ſelbſt Rechtens. (Art. 5 der Nov.)
3) Verweiſung der weitern Verhandlung an den Unterrichter nach Aufhebung ſeines Erkenntniſſes. (§. 1223 d. P. O.).

Der Unterrichter hat auf eine von der Partei ſelbſt verfaßte unvollſtändige Vernehmlaſſung vom 3. Februar 1844, worin ohne Einlaſſung auf das umfaſſende Thatſächliche der Klage Einreden vorgetragen wurden, durch proceßleitende Verfügung vom 21. Februar dem Beklagten aufgegeben, ſich vollſtändiger über den Inhalt der Klage zu erklären, unter dem Rechtsnachtheil des Ausſchluſſes mit den Einreden, ohne jedoch die Thatſachen ſpeciell zu bezeichnen, auf welche der Beklagte ſich vernehmen laſſen ſollte, und ohne das geſetzliche Präjudiz hinſichtlich der Thatſachen anzudrohen (§. 364 der Proceßordnung). Da in der angeſetzten Friſt die Vernehmlaſſung nicht einkam, ſo erließ das Amt auf Anrufen einfachen Verſäumungsbeſchluß (vom 28. April) ohne Ausſpruch der Folgen. Auf weiteres Anrufen erſt erging (am 12. Juni 1845) das Enderkenntniß auf Verurtheilung des Beklagten auf den Grund der Verſäumung.

Bei der dagegen vom Beklagten ergriffenen Berufung kam die Anwendung der obenangeführten Geſetzesſtellen in Frage. Die hofgerichtliche Entſcheidung erging dahin:

Urtheil.

Das Ausſchlußdekret des Bezirksamtes ꝛc. vom 28. April v. J., beſagend ꝛc. (folgt der Inhalt), ſowie das darauf gefolgte Urtheil vom 12. Juni v. J. beſagend ꝛc. ſeien aufzuheben, und das Amt anzuweiſen, nach Maaßgabe des §. 364 der Proceßordnung dem Beklagten die Thatſachen der Klage, die er in ſeiner Einredeſchrift vom 3. Februar v. J. unbeantwortet gelaſſen hat, ſpeciell zu bezeichnen, ſofort in der Sache ſelbſt weiter zu verhandeln; und zu erkennen: die Koſten dieſer Inſtanz hat Appellat zu tragen, die der erſten Inſtanz bleiben einſtweilen ausgeſetzt.

Gründe.

Die Appellationsbeſchwerde iſt gegen das ſogenannte „Verſäumnißerkenntniß“ des Bezirksamtes ꝛc. vom 28. April und deſſen Urtheil vom 12. Juni v. J., wie beide im voranſtehenden Urtheile aufgeführt ſind, gerichtet, und namentlich auch wegen verletzter Vorſchriften des Verfahrens Beſchwerde geführt, und es wird um Aufhebung beider jener Akte gebeten.

Die Appellation iſt zuläſſig und die Beſchwerde begründet.

Die Zuläſſigkeit ſowohl als die Begründung der Appellation beruhen auf §. 1178 der Proceßordnung, beziehungsweiſe Art. 10 der Nov. vom 3. Auguſt 1837 und der Betrachtung, daß zwar in der Regel gegen Verſäumungserkenntniſſe, — und als ein ſolches ſtellt ſich das „Urtheil“ vom 12. Juni in Verbindung mit dem Beſchluſſe vom 28. April v. J. dar, — keine Berufung ſtattfindet; daß jedoch die beiden in den angeführten Geſetzesſtellen gedachten Ausnahmsfälle vorhanden ſind. Denn erſtens iſt eine Verſäumniß nicht anzunehmen, weil eine ſolche, auch von der mangelhaften Zuſtellung und von der geſetzwidrigen Trennung des Verſäumnißausſpruchs und der Folgen in der Sache ſelbſt (Art. 5 der Proceßordnungsnovelle) abgeſehen, nur dann vorhanden ſein könnte, wenn der Unterrichter, wie es der §. 364 der Proceßordnung vorſchreibt, auf die unvollſtändige Vernehmlaſſung dem Beklagten die Verbeſſerung unter ſpecieller Bezeichnung der zu beantwortenden reſp. näher zu beantwortenden Thatſachen der Klage aufgegeben hätte, was aber in der Verfügung vom 21. Febr. v. J. nicht geſchehen iſt, und nach Anſicht des § 653 der Proceßordnung die Folge haben muß, daß der Beklagte nicht als ſäumig betrachtet werden kann, indem die Partei nur geſetzmäßige Auflagen unter den geſetzlichen Nachtheilen zu befolgen verbunden iſt. Zweitens iſt auch der ausdrücklichen Vorſchrift des §. 364 der Proceßordnung zuwider, noch überdem ein Rechtsnachtheil — der Ausſchluß mit den Einreden — angedroht, und ſofort unterm 28. April v. J. ausgeſprochen worden, was, da

Digitized by Google

bereits Einreden vorgetragen waren, in keiner Weiſe geſchehen konnte; ſo daß alſo auch beim Zugeben der Verſäumung die als Folgen derſelben ausgeſprochenen Nachtheile den Geſetzen nicht gemäß ſind (§. 1178 der Proceßordnung und Art. 10 der Novelle). Das auf ſolchem geſetzwidrigen Verfahren beruhende Urtheil des Unterrichters kann daher nicht zu Recht beſtehen, und es mußte deßhalb und in Erwägung, daß hier kein auf Verhandlung in der Sache ſelbſt ergangenes Endurtheil (§. 1223 der Proceßordnung), ſondern nur ein Erkenntniß über den Ungehorſam vorliegt, und der Ausſpruch, was in der Sache ſelbſt Rechtens ſei, ſich blos als die Folge des angenommenen Ungehorſams darſtellt, das Urtheil mit dem Verſäumungsdekret vom 28. April v. J., wie geſchehen, aufgehoben, und die Sache zur weitern rechtlichen Verhandlung an den Unterrichter zurückgewieſen, zugleich aber Appellat nach §. 169 der Proceßordnung in die Koſten dieſer Inſtanz verfällt werden.

II.

Nicht lange nach dem vorigen Falle, kam im Laufe dieſes Jahrs bei einem andern Amte des Oberrheinkreiſes dieſelbe geſetzwidrige Trennung des Verſäumnißdekrets von dem Ausſpruch der Folgen vor. Vor Ablauf der Wiederherſtellungsfriſt langte der verſäumte Vortrag mit der Wiederherſtellungsbitte ein. Am andern Tage ward auf Anrufen, da inzwiſchen die Friſt abgefloſſen war, und der Reſpizient, wie es ſcheint, von dem Wiederherſtellungsgeſuch noch keine Kenntniß hatte, das Erkenntniß (der Ausſpruch der Folgen der Verſäumung) gegeben, der Beklagte nämlich verurtheilt. In der Folge wieß das Amt in Berückſichtigung des gedachten Wiederherſtellungsgeſuchs den Kläger ab, weil es die Klage fur unbegründet hielt. Der Kläger ergriff die Berufung und beſchwerte ſich auch über Verletzung des Verfahrens, wobei er namentlich die Behauptung aufſtellte: da der Beklagte nur gegen das Verſäumnißdekret, nicht aber auch gegen das ſpätere und eigentliche Verſäumnißerkenntniß die Wiederherſtellung nachgeſucht habe (es iſt richtig, daß der Beklagte gegen das nachherige Erkenntniß kein beſonderes Wiederherſtellungsgeſuch mehr einreichte); ſo ſei das Erkenntniß in Rechtskraft erwachſen, und der Unterrichter habe daher durch ſein Endurtheil gegen den Grundſatz der Rechtskraft verſtoßen.

Das Hofgericht nahm dies nicht an, ging vielmehr davon aus, daß ein beſonderes Wiederherſtellungsgeſuch gegen die Erkennung der Folgen der Verſäumniß nicht nöthig geweſen ſei. Die hofgerichtlichen Entſcheidungsgründe enthalten über dieſe proceſſualiſchen Fragen Folgendes:

„Der Verſäumungsbeſchluß vom 30. Auguſt v. J. des Inhalts:

„wird nunmehr der thatſächliche Vortrag der Liquidationsklage für zugeſtanden angenommen, die Einreden als verſäumt erklärt, und ſoll nach Umfluß der Reſtitutionsfriſt Urtheil ergehen“,

wurde dem Anwalte des Beklagten am 2. September zugeſtellt; über die Zuſtellung an den Beklagten ſelbſt liegt keine Beſcheinigung vor.

Hievon aber auch abgeſehen, und die Eröffnung an den Anwalt als maaßgebend angenommen, wurde die Wiederherſtellungsbitte mit dem verſäumten Vernehmlaſſungsvortrag rechtzeitig, nämlich nach dem Präſentatum am 16. September eingebracht, die im angefochtenen Endurtheil ſtillſchweigend ertheilte Wiederherſtellung, ſowie das Endurtheil ſelbſt erſcheint daher formell vollkommen gerechtfertigt. §§. 659 u. 660 der Proceßordnung.

Der Kläger wendet zwar ein, das nachträglich erlaſſene Verſäumnißerkenntniß vom 17. September des Inhalts:

„wird nunmehr durch Verſäumnißerkenntniß zu Recht erkannt: Beklagter ſei unter Verurtheilung in die Koſten ſchuldig, die eingeklagte Entſchädigungsforderung mit 322 fl. nebſt Zins zu 5 Procent vom Tag der Behändigung der Entſchädigungsklage bei Execetionsvermeidung binnen 14 Tagen zu bezahlen,“

welches am 19. September dem Beklagten eröffnet worden, ſei in Rechtskraft erwachſen, weil dagegen der Beklagte keine Wiederherſtellung nachgeſucht habe; das angefochtene Endurtheil verſtoße daher gegen die Grundſätze der Rechtskraft.

Dies iſt jedoch in mehrfacher Beziehung unrichtig. Auch abgeſehen von der Frage, ob ein Erkenntniß, welches nur zur einen Hälfte der Partei ſelbſt (§. 657 der Proceßordnung) eröffnet worden, überhaupt rechtskräftig werden könne, und abgeſehen davon, daß bei Erlaſſung des Endurtheils die Wiederherſtellungs- und Appellationsfriſten noch nicht einmal umfloſſen waren, ein rechtskräf-

Digitized by Google

tiges Erkenntniß, alſo noch keinenfalls vorlag, bilden der Ausſpruch der Verſäumung und der Ausſpruch der geſetzlichen Folgen, welche hier beide vom Unterrichter geſetzwidrig (Art. 5 der Proceßnovelle) getrennt wurden, ſo ſehr ein untrennbares Ganze, daß das gegen den einen Theil gerichtete Wiederherſtellungsgeſuch nothwendig auch gegen den andern Theil als wirkſam angeſehen werden muß, und es wäre eine ganz willkührliche Zumuthung an die ſäumige Partei, wenn der Richter von derſelben eine doppelte Wiederherſtellungsbitte verlangen wollte, von welcher das Geſetz nichts weiß. Die dießfallſige Beſchwerde des Appellanten erſcheint daher unbegründet." (Nun folgt die Prüfung des Materiellen.)

Zentner.

III.

Hofgericht des Oberrheinkreiſes.

Die Koſten der Unterhaltung eines Sträflings genießen in der Gant deſſelben kein Vorzugsrecht.

Fiskus gegen Wettlin.

Das Gantgericht ſetzte die Forderung der Zuchthausverwaltung Freiburg, wofür dieſelbe ein Vorzugsrecht in erſter Ordnung angeſprochen hatte, in die fünfte Ordnung.

Dieſe Claſſificirung ward auf die von der Liquidantin eingeführte Appellation durch hofgerichtliches Urtheil vom 28. November 1844 beſtätigt.

Entſcheidungsgründe.

In Erwägung, daß, wenn der L.R.S. 2101 Nr. 5 den Forderungen für die dem Gemeinſchuldner gelieferten Lebensmittel ein Vorzugsrecht verleiht, er offenbar ein Rechtsverhältniß unterſtellt, zu Folge deſſen jene Lieferung einen Anſpruch an den Empfänger begründet;

In Erwägung, daß ein ſolches Rechtsverhältniß, welches nur in einem Vertrag oder Halbvertrag (Geſchäftsführung) beſtehen könnte, von dem Kläger nicht behauptet wurde, auch aus den Umſtänden, unter welchen dem Gemeinſchuldner der Lebensunterhalt gereicht wurde, nicht abgeleitet werden kann, indem die Annahme dieſer Lebensmittel von Seite des Gemeinſchuldners keine freiwillige, ſondern nur eine durch die zwangsweiſe Feſthaltung in der Strafanſtalt abgenöthigte Handlung iſt, dieſe Anſtalt auch kein Geſchäft des Gemeinſchuldners, ſondern nur ein eigenes Geſchäft führte, nämlich damit die Möglichkeit begründete, die erkannte Strafe zu vollziehen;

In Erwägung, daß vielmehr der Anſpruch des Klägers nur die Natur einer Entſchädigungsforderung im Sinne des L.R.S. 1382 hat, indem Johann Martin Wettlin lediglich wegen des begangenen Verbrechens, und weil er allen daraus entſpringenden Schaden, alſo namentlich auch die der Gerichtsherrſchaft durch den Vollzug der hierwegen verwirkten Strafe verurſachten Koſten zu tragen hat, zur Zahlung jener Forderung verbindlich wurde;

In Erwägung, daß dergleichen Erſatzforderungen, auch wenn darunter Unterhaltskoſten begriffen ſind, kein, wenigſtens nicht das von dem Kläger angeſprochene — Vorzugsrecht in der Gant des Schuldners genießen;

In Erwägung, daß dies auch ganz mit der Faſſung der fraglichen Geſetzesſtelle übereinſtimmt, indem dort von Klein- und Großhändlern und Unterhaltsanſtalten (pensions) die Rede iſt, und der damit in Verbindung ſtehende L.R.S. 2272 Abſ. 4 von Zöglingen und Pfründnern ſpricht, welche Ausdrücke auf Strafanſtalten, resp. auf die darin verwahrten Sträflinge durchaus nicht paſſen;

In Erwägung, daß auch das Princip, worauf jenes Vorzugsrecht ſich gründet, nämlich der aus der Humanität abfließende Grundſatz, daß jener Gläubiger, welcher für die nothwendigſten Bedürfniſſe des Schuldners ſorgte, vor andern Gläubigern den Vorzug verdient, auf die gegenwärtige Forderung durchaus keine Anwendung findet;

In Erwägung, daß wenn das Geſetz die Unterhaltungskoſten eines Sträflings beſonders hätte begünſtigen wollen, es da, wo es von den Unterſuchungskoſten handelte, nämlich in L.R.S. 2105, ſicher die Atzungskoſten, die gewöhnlich den größten Theil derſelben ausmachen, beſonders berührt hätte;

Aus dieſen Gründen iſt der Kläger durch das unterrichterliche Erkenntniß nicht beſchwert, es mußte daher daſſelbe, mit Rückſicht auf §. 169 der Proceßordnung wegen der Koſten, wie geſchehen, beſtätiget werden.

Haager.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 23. Karlsruhe den 6. Juni 1846.

I.

Oberhofgericht.

Ein Schiedsſpruch iſt gültig, wenn der ſtreitige Gegenſtand, welcher in dem Schiedsvertrag ſelbſt bezeichnet ſein ſollte, aus anderen damit in Verbindung ſtehenden Urkunden zur Genüge erhellet.

Thoma gegen Aſal.

Wegen Anſtänden, die ſich hinſichtlich der Bewäſſerung mehrerer Wieſenſtücke zwiſchen den Eigenthümern ergeben hatten, wurde zuerſt das Bezirksamt um Abhilfe gebeten, von dieſem aber das Bürgermeiſteramt zur Erledigung angewieſen, weil es ſich um einen Gegenſtand der Gemarkungspolizei handle. Gegen den hierauf vom Bürgermeiſter ertheilten Beſcheid recurrirte einer der Betheiligten an das Bezirksamt, welches nach Einkunft der Vernehmlaſſung des andern die Parteien auf den 17. März 1843 einbeſchied und denſelben in dieſer Tagfahrt den Vorſchlag machte, die Sache durch Schiedsrichter entſcheiden zu laſſen.

Da ſich jedoch die Theile nicht ſogleich über die Wahl derſelben vereinigen konnten, ſo erſchienen ſie am 23. Mai 1843 abermals vor Amt, und ernannten drei Schiedsrichter.

Das Protokoll ſagt dann weiter:

„Dieſelben ſollen Localinſpection vornehmen, die Parteien dazu einladen, ſich die Urkunden, welche die Parteien etwa beſitzen, vorlegen laſſen, und ſodann den Streit nach billigem Ermeſſen entſcheiden. Wie ſie entſcheiden, ſoll unter den Parteien als rechtskräftiges Urtheil gelten.“

Die auf den 9. Juni 1843 vorgeladenen Schiedsrichter nahmen den ihnen zugedachten Auftrag an, und begehrten die Voracten, welche ihnen ſofort zugeſtellt wurden.

Am 11. Juli 1843 ſchritten die Schiedsrichter, im Beiſein der Parteien zur Localinſpection, nahmen Einſicht von den ihnen vorgelegten Urkunden, und gaben hierauf den Schiedsſpruch in Form eines an das Bezirksamt erſtatteten Berichts, welcher nachmals von Aſal mit Bezug auf die §§. 195 u. 210 der Proceßordnung als nichtig angefochten ward, weil der Schiedsvertrag vom 23. Mai den ſtreitigen Gegenſtand nicht bezeichne.

Das Amt erkannte zwar durch Beſcheid vom 3. November 1844 nach der Intention des Klägers; allein das Hofgericht wies, auf Appellation des Beklagten, durch Erkenntniß vom 23. Mai 1845 die Nichtigkeitsklage ab.

Entſcheidungsgründe.

Sowohl nach der Natur der Sache als nach §. 195 muß der Schiedsvertrag den Gegenſtand bezeichnen, worüber die Schiedsrichter verhandeln und entſcheiden ſollen; denn nur unter dieſer Vorausſetzung laſſen ſich die Grenzen ihres Auftrags, und folglich die Beobachtung dieſer Grenzen beurtheilen. Unter dem Streitgegenſtand iſt jedoch

1) nur die Bezeichnung des Rechtsanſpruchs zu verſtehen, über welchen verhandelt und entſchieden werden ſoll, nicht aber die einzelnen Streitpunkte oder Streitfragen, in welche ſich die Beurtheilung der Exiſtenz oder Nichtexiſtenz des beſtrittenen Rechts auflöst. Denn dieſe Einzelnheiten ergeben ſich erſt durch die Klage und die Litisconteſtation, und es kann nicht der Sinn des Geſetzes ſein, daß dem Schiedsverfahren ein bis zur Litisconteſtation gediehenes Wechſelverfahren zum Grunde

Digitized by Google

liegen ſoll, vielmehr werden ſolche Verhandlungen erſt durch das Schiedsgericht angeordnet. Es iſt ferner

2) durch den §. 195 der Proceßordnung nicht ausgeſchloſſen, daß die oben erwähnte Bezeichnung des Streitgegenſtandes auch aus anderen Urkunden erhelle, welche mit der Aufſtellung der Schiedsrichter in genaueſter Verbindung ſtehen, ſondern der Zweck des Geſetzes iſt nach Art. 6 k. des L. R. vollkommen erreicht, wenn dieſer Gegenſtand durch Urkunden unzweifelhaft feſtgeſtellt iſt, auf welche ſich die Ernennung der Schiedsrichter bezieht. Solche Urkunden ſind in vorliegendem Falle augenſcheinlich die vorausgegangenen Verhandlungen, und dieſe wurden den Schiedsrichtern zugeſtellt. Aus jenen Verhandlungen erhellt zur Genüge der Streitgegenſtand in dem oben dargeſtellten Sinne, und es iſt dieſer Nichtigkeitsgrund um ſo verwerflicher, als dabei gar nicht behauptet wird, daß die Schiedsrichter über einen anderen Gegenſtand erkannt hätten, als über denjenigen, wofür ſie beſtellt wurden, und zu deſſen Verhandlung die Parteien vor ihnen erſchienen ſind.“

Der Kläger ergriff gegen dieſe Entſcheidung die Oberappellation, und machte geltend: daß der Schiedsvertrag *den ſtreitigen Gegenſtand* ganz im Dunkeln laſſe, indem aus der desfallſigen Urkunde ſchlechterdings nicht entnommen werden könne, *worüber* die Parteien ſtreiten. Das Großherzogliche Hofgericht habe zwar angenommen, daß der Zweck des Geſetzes vollkommen erreicht werde, wenn der Streitgegenſtand durch Urkunden, auf welche ſich die Ernennung der Schiedsrichter beziehe, unzweifelhaft feſtgeſtellt ſei; allein es habe dieſe Feſtſtellung in den Entſcheidungsgründen nicht nachgewieſen, und nebenbei auch überſehen, daß ſich die Parteien in der Uebereinkunft vom 23. Mai 1843 weder auf die Voracten bezogen, noch begehrt hätten, daß ſolche den Schiedsrichtern zur Einſichtsnahme mitgetheilt werden ſollen. Aus jener Uebereinkunft gehe vielmehr das Gegentheil hervor; auch bedürfe es zur Begründung der Nichtigkeitsklage keineswegs des Nachweiſes, daß die Schiedsrichter ſich von ihrer Vollmacht entfernt hätten, weil es ſich von ſelbſt verſtehe, daß ein Streitgegenſtand, welchen der Schiedstrag nicht bezeichne, von der ſchiedsrichterlichen Entſcheidung ausgeſchloſſen ſei. Proceßordnung §§. 1 u. 210. —

Das hofgerichtliche Urtheil wurde unterm 30. April l. J. in dritter Inſtanz beſtätigt.

Die oberhofgerichtlichen Entſcheidungsgründe beſagen: obwohl ſich die Contrahenten in dem amtlichen Protokoll vom 23. Mai 1843 nicht ausdrücklich auf ihre in den vorhergegangenen Verhandlungen dem Amt über den Streitgegenſtand gemachten Erklärungen bezogen hätten, ſo müſſe doch im Hinblick auf die allgemeinen Regeln der L.R.S. 1108 a u. b., 1134 und 1135 als eine ſich ganz von ſelbſt verſtehende Sache angenommen werden, daß ſie unter dem *Streit*, deſſen Entſcheidung ſie den Schiedsrichtern zu übertragen einverſtanden waren, keinen anderen meinten, als den ſie in den früheren Verhandlungen ſchon vor die beurkundende Behörde gebracht hatten; in ſo fern in dieſen Verhandlungen der Streitgegenſtand hinlänglich bezeichnet geweſen, ſei der Vorſchrift des Geſetzes genügt, und deßhalb zufolge L.R.S. 6k. das Rechtsgeſchäft aufrecht zu erhalten.

Es folgt ſodann die uns hier nicht weiter intereſſirende Nachweiſung, daß der Streitgegenſtand in den Voracten hinlänglich bezeichnet, und der Schiedsſpruch nur darüber ertheilt ſei. D. R.

II.

Literaturbericht.

Die eheliche Gütergemeinſchaft nach franzöſiſchem Recht von F. A. H. *Schneider*. Edenkoben 1846.

Nach einer kurzen Einleitung, worin von den verſchiedenen Formen der Eheverträge, von dem Immobiliar- und Mobiliarvermögen der Eheleute gehandelt wird, theilt der Verfaſſer die Schrift in drei Abtheilungen ein:

In der erſten ſpricht er von dem Weſen der geſetzlichen Gütergemeinſchaft, in der zweiten von der Verwaltung, und in der dritten von der Auflöſung derſelben.

Bei der Abhandlung über das Weſen der geſetzlichen Gütergemeinſchaft wird zuerſt in §. 5 der Begriff derſelben feſtgeſtellt, ſodann in §. 6 das Beſtimmungsverhältniß und die Dauer der Gütergemeinſchaft angegeben. Die §§. 7—13 handeln von dem Vermögen der Gütergemeinſchaft, die §§. 14 u. 15 dagegen von den Schulden und Laſten der Gemeinſchaft, die §§. 16—22 von den Erbſchaften, welche den Eheleuten während der Ehe anerfallen, insbeſondere von dem in proviſoriſchen Beſitz gegebenen Vermögen Abweſender, von den Vorempfängen

auf Erbſchaft, und von den Schenkungen und Vermächtniſſen, welche den Eheleuten im Laufe der Ehe gemacht werden.

Die zweite Abtheilung verbreitet ſich, wie oben bereits angeführt wurde, über die Verwaltung der Gütergemeinſchaft, namentlich handeln die §§. 23 u. 24 von der Verwaltung im Allgemeinen, die §§. 25 u. 26 von der Verwaltung in Beziehung auf das eigene Vermögen der Eheleute; der §. 27 redet von der Verwaltung in Bezug auf die Schulden, von den Rechten der Gläubiger und von der Haftbarkeit für die Gemeinſchaftsſchulden, für die vom Manne und für die von der Frau herrührenden Schulden. In den §§. 28—30 ſind die Grundſätze über die Sonderung des eigenen Vermögens der Eheleute von jenem der Gemeinſchaft, ſowie über die Vergütungen und Erſatzleiſtungen aufgeſtellt. Der §. 31 ſpricht von der Sonderung des eigenen Vermögens eines Ehegatten von jenem des andern Ehegatten, und von den gegenſeitigen Vergütungen und Forderungen.

Die §§. 32—38 behandeln die Schenkungen, welche ſich Ehegatten einander machen dürfen, und berühren den Vermögenstheil, worüber ein Ehegatte zum Vortheil des Andern disponiren kann u. ſ. w. In §. 39 wird der Schenkungen erwähnt, welche ein Dritter im Ehevertrag zum Vortheil der zukünftigen Ehegatten und der aus der Ehe hervorgehenden Kinder machen kann, und der §. 40 handelt von dem Verfall und Widerruf der unter Eheleuten oder zu deren Vortheil gemachten Schenkungen. Endlich gedenkt der §. 41 des Falles, wenn ein Ehegatte, der aus einer früheren Ehe Kinder beſitzt, zu Gunſten ſeines zweiten Ehegatten verfügen will.

Bei der dritten Abtheilung, wo die Auflöſung der Gütergemeinſchaft abgehandelt wird, erörtert der Verfaſſer in §. 42 die Frage:

„Wann und wie ſich die Gütergemeinſchaft auflöſe?" ſodann handelt der §. 43 von der gerichtlichen Aufhebung der Gütergemeinſchaft, die §§. 44—46 ſprechen von der Errichtung eines Inventariums, von deſſen Formen und Inhalt. In §. 47 werden die Folgen der Auflöſung der Gütergemeinſchaft im Allgemeinen, in §. 48 aber die Folgen der Auflöſung, nachdem die Frau ſich der Gütergemeinſchaft theilhaftig gemacht hat — auseinandergeſetzt.

Die §§. 49 u. 50 ſprechen von der Theilung des Activvermögens und der Schulden; der §. 51 handelt von den Folgen der Auflöſung der Gütergemeinſchaft, wenn die Frau darauf Verzicht leiſtet, der §. 52 endlich verbreitet ſich über die Rechte der Frau, welche ihr zur Sicherung ihres Beibringens zuſtehen.

Das in ſyſtematiſcher Ordnung verfaßte Werk zeigt von Sachkenntniß und reifer Erfahrung, und iſt nicht nur den Richtern, ſondern auch den Anwälten in allen denjenigen Ländern, wo das franzöſiſche Recht eingeführt iſt, als ſehr brauchbar zu empfehlen.

Dr. Löw.

III.

Aus dem Gantproceſſe.

Iſt der Gantmann nach Einſtellung des Gantverfahrens — des Rechts der Vermögensverwaltung fortdauernd verluſtig?

§§. 824, 840, 935, 936, 939. 1 d. Pr. O.
vergl. L.R.S. 1166, A.S. 209.
Annalen V. Nr. 10. p. 60.
„ VI. Nr. 29. p. 183.
Jahrb. n. F. p. 213—215.

Steht dem Gemeinſchuldner die Befugniß, ein beſtrittenes Recht gegen Dritte geltend zu machen, ſelbſt dann nicht zu, wenn auch ſeine Gläubiger auf deſſen Austrag verzichten?

Bekk, Commiſſionsbericht zu §. 922 d. Pr. O.
vergl. L.R.S. 1269.
Bayer, Concursproceß §. 23. p. 75. §. 29. p. 93.
Lauckhard I. p. 437.
Braner, Th. IV. p. 530. 531. §. 4.
Zachariä, §. 587. Th. III. p. 461. vor Note 22.

D. Str., welcher am 3. Auguſt 1837 die herrſchaftliche Schäferei Strümpfelbronn auf 10 Jahre gepachtet hatte, kam am 7. Januar 1842 in Gant.

Am 17. Juni 1842 erklärte jedoch der Maſſepfleger und Gläubigerausſchuß vor dem Gantrichter, der Gantproceß ſolle der Geringfügigkeit des Maſſevermögens wegen auf ſich beruhen, welchem Antrag dann auch Folge gegeben wurde.

Als nun im März 1845 der Gantmann eine Entſchädigungsforderung für die Jahre 1837—1844 gegen die verpachtende Standesherrſchaft einklagte, weil er bei An-

Digitized by Google

tritt der Pacht durch einzelne Gemeinden an Beweidung ihrer Gemarkungen verhindert, das Recht zur Beweidung dieſer Gemarkungen aber ihm in dem Pachtvertrage zugeſagt worden ſei, ſetzte ihm dieſe die Einrede der fehlenden Legitimation entgegen und bat, die Verhandlung auf dieſe zu beſchränken und auf deren Grund die Klage abzuweiſen, weil nämlich Kläger im Jahr 1842 in Gant gekommen, alſo zur Geltendmachung des erhobenen Anſpruchs nicht befugt ſei.

Die Einrede der fehlenden Legitimation des Klägers zur Sache wurde jedoch als ungegründet verworfen, und zwar aus folgenden Gründen:

Da das Gantverfahren im Jahr 1842 dadurch ſeine Erledigung gefunden hat, daß deſſen Fortſetzung von den Vertretern der Gläubiger wegen Unbedeutendheit des vorhandenen Vermögens aufgegeben und von dem Richter eingeſtellt wurde, ſo erſcheint Kläger nach dieſer außerordentlichen Erledigung der Gant (§. 939. 1 der Proceßordnung) in der freien Verwaltung ſeines Vermögens nicht mehr beſchränkt — überdies das Intereſſe ſeiner Gläubiger dadurch, daß er ſeinen Anſpruch auszutragen übernimmt, in keiner Weiſe gefährdet: vielmehr wird denſelben, wenn Klägers Unternehmen günſtigen Erfolg haben ſollte, ſogar ein neuer Zugriffsgegenſtand gewonnen. (vergl. §. 938 d. Pr. O.)

Stempf.

IV.

Welche Behörde hat die Competenzconflicte zwiſchen Unterſuchungsgerichten zu entſcheiden?

Jene Conflicte, welche ſich zwiſchen den Gerichten des nämlichen Kreiſes oder Sprengels ergeben, entſcheidet das vorgeſetzte Hofgericht. In dieſer Hinſicht beſteht eine conſtante Uebung, gegen welche unſeres Wiſſens niemals Zweifel angeregt wurden.

Wie aber, wenn ein Conflict zwiſchen Gerichten verſchiedener Kreiſe entſteht?

Dieſen kann kein Hofgericht entſcheiden, weil deſſen Competenz auf den ihm organiſationsmäßig zugewieſenen Sprengel beſchränkt iſt.

Früher wurde dieſſeits, im Einklang mit der Praxis, die Anſicht geltend gemacht, daß in einem ſolchen Falle dem Großherzoglichen Juſtizminiſterium die Entſcheidung zuſtehe, weil letztere mehr als ein Ausfluß des Oberaufſichtsrechts, denn als ein Attribut der richterlichen Gewalt anzuſehen ſei. Annalen von 1842 Nr. 48.

Inzwiſchen hat ſich aber eine andere Praxis gebildet, welche auf den Grund des § 51 der bürgerlichen Proceßordnung die Entſcheidung derartiger Competenzconflicte dem oberſten Gerichtshofe vindicirt.

Solche Entſcheidungen ſind namentlich unterm 30. September 1844 in U. S. gegen Bernhard Späth von Schweighauſen, und unterm 24. Dezember 1844 in U. S. gegen Eliſabetha Buſch von Schriesheim, von dem oberhofgerichtlichen Plenum gegeben worden.

Damit ſtimmt nun auch der §. 17 der neuen Strafproceßordnung überein

D. R.

V.

Wiederholte Unterſchlagung.

Nachdem ein Angeſchuldigter wegen erſter Unterſchlagung beſtraft war, hat das urtheilende Hofgericht die im zweiten Falle verwirkte Strafe von 8 Monaten verdoppelt. In der Recursinſtanz wurde aber dieſer Strafzuſatz von 8 auf 2 Monate ermäßigt. Die oberhofgerichtlichen Entſcheidungsgründe über dieſen Punkt lauten dahin:

„Selbſt nach dem §. 93 der Erläuterungen zum Strafedict würde die Verdoppelung der (im zweiten Fall verwirkten) Grundſtrafe nur alsdann Statt finden, wenn ſolche eine feſtbeſtimmte wäre. Allein abgeſehen davon, daß die Unterſchlagung nach richterlichem Ermeſſen beſtraft wird, darf auch die in den §§. 62, 64 u. 79 des Strafedicts für die Wiederholung anderer Verbrechen gedrohte Verdoppelung der einfachen Strafe auf dieſes ganz verſchiedenartige Vergehen nicht ausgedehnt werden.“

Dadurch iſt implicite zugleich wieder ausgeſprochen, daß die citirte Erläuterung, als blos doctrinelle Interpretation, weder mit dem Geſetz übereinſtimme, noch den Richter binde.

D. R.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim — Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos

Annalen

der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 24. Karlsruhe den 13. Juni 1846.

I.

Ueber Beſtrafung des wiederholten Bruchs der Landesverweiſung.

§. 33 des Strafedicts.

Juſtizminiſterial-Erlaß vom 26. März 1830 Nr. 1,287 (R. A.Bl. 1830 Nr. 32.)

§. 93 des Anhangs zu §. 96 des Strafedicts.

Wie ſich aus den Aufſätzen in dem Jahrgange
1839 dieſer Blätter Nr. 28 p. 182. Ziffer 4,
„ „ Nr. 44 p. 292.
1844 „ Nr. 16 II. p. 122 — 127
ergibt, geht der oberſte Gerichtshof in neuerer Zeit immer mehr von der Strenge ab, womit die Praxis früher den Bruch der Landesverweiſung und namentlich die Wiederholung deſſelben ahndete.

In folgendem, im Dezember 1844 entſchiedenen, Falle hat ſich nun Großh. Oberhofgericht namentlich auch gegen die Anwendbarkeit des

§. 93 der Erläuterungen

auf die Beſtrafung von Rückfällen in den Bruch der Landesverweiſung (wie früher in Bezug auf Rückfälle in den 3. Diebſtahl J. B. n. F. IV. p. 597 — 625) ausgeſprochen.

Der ledige Schuſtergeſelle Joſeph Schieß von Horb im Königreiche Würtemberg wurde durch hofgerichtliches Urtheil vom 26. Auguſt 1842 wegen zweiten großen Diebſtahls zu Gefängnißſtrafe verurtheilt und aus dem Großherzogthum verwieſen. Durch hofgerichtliches Urtheil vom 16. Dezember 1842 wurde derſelbe der Uebertretung der gegen ihn erkannten Landesverweiſung für ſchuldig erklärt und deßhalb zu Zuchthausſtrafe von einem halben Jahre verurtheilt und abermals des Landes verwieſen.

Dieſes Erkenntniß wurde durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 4. Januar 1843 beſtätigt.

In der Nacht vom 13. auf den 14. October 1844 wurde er in Sinsheim wieder betreten und gab an, er ſei in Frankenthal als Schuſtergeſelle beſchäftigt geweſen, habe aber von dort in ſeine Heimath zurückreiſen müſſen, um ſich ſein Wanderbuch erneuern zu laſſen. Vor 8 Tagen ſei er auf der Hinreiſe durch das Großherzogthum gekommen, ohne angehalten zu werden, in ſeiner Heimath habe er aber keine Beſchäftigung gefunden: deßhalb ſei er zurückgekehrt, um in Frankenthal wieder in Arbeit zu treten; jedoch habe er nicht über ſo viel Geld zu verfügen gehabt, als erforderlich geweſen wäre, um auf einem Umwege das Großherzogthum Baden zu vermeiden.

Das Hofgericht erkannte ihn zwar des wiederholten Bruchs der Landesverweiſung für ſchuldig, verurtheilte ihn jedoch nur zu acht Monaten Zuchthausſtrafe, weil ihm bei Verkündung des Urtheils vom 16. Dezember 1842 nicht eröffnet worden war, daß ihm im Wiederholungsfalle die verdoppelte Strafe bevorſtehe, und weil man dieſer Strafbeſtimmung des §. 93 der Erläuterungen auch keine geſetzliche Geltung einräumte.

Das Großh. Oberhofgericht (I. Cr. Senat.) ſetzte jedoch in Folge des von dem Verurtheilten ausgeführten Recurſes die Strafe auf 6 Monate herab und zwar aus nachſtehenden Gründen:

„Die Erörterungen zum Strafedict haben nach der in dem Eingange derſelben angeführten Art ihrer Entſtehung nur inſoweit geſetzliche, den Richter bindende Kraft, als ſie auf dem Grunde förmlicher Geſetze beruhen, ſind aber im Uebrigen blos doctrinelle Ausſprüche des damaligen Großh. Juſtizminiſteriums.

Digitized by Google

Zu den letzteren gehört insbeſondere §. 93 der Erläuterungen, wonach die Wiederholung deſſelben Verbrechens in allen Fällen, welche im Strafedict nicht namentlich vorgeſehen ſind, die Verdopplung und beziehungsweiſe Verdreifachung derjenigen feſtbeſtimmten Strafen wirken ſoll, welche der nämliche Fall als erſter verdient haben würde.

Dieſe allgemeine Beſtimmung läßt ſich weder aus dem gemeinen Rechte, noch aus einer Vorſchrift unſerer inländiſchen Geſetze rechtfertigen, indem die beſonderen Verfügungen der §§. 61, 62, 76 ff. des Strafedicts nach bekannten ſtrafrechtlichen Grundſätzen nicht ausgedehnt und zur allgemeinen Regel erhoben werden dürfen.

Abgeſehen nun von der Frage, ob aus dem gemeinen Rechte oder den §§. 95, 96 des Strafedicts wenigſtens ein willkührlicher Strafzuſatz für die Wiederholung **aller** Vergehen *) abzuleiten iſt, wie das Hofgericht angenommen hat, ſo wird dieſer Strafzuſatz bei dem vorliegenden Falle immerhin durch den nachfolgenden Milderungsgrund aufgehoben, ſo daß lediglich die ordentliche Strafe des Bruchs der Landesverweiſung zu erkennen iſt, welcher nach §. 33 des Strafedicts in ſechs Monaten Zuchthaus beſteht **).

Dem Rekurrenten wurde nämlich bei Verkündung des hofgerichtlichen beziehungsweiſe oberhofgerichtlichen Urtheils vom 4. Januar 1843, welches ihn der Uebertretung der Landesverweiſung für ſchuldig erkannte und zu einem halben Jahre Zuchthaus verurtheilte, auch abermals aus dem Großherzogthum verwies, die Folge des abermaligen Bruchs der Landesverweiſung beziehungsweiſe die darauf ſtehende härtere Strafe nicht vorgeſtellt; er wurde alſo nicht in der Art gewarnt, wie es nach dem Reſcript des Großh. Juſtizminiſteriums vom 26. März 1830 hätte geſchehen ſollen und befand ſich daher wegen der Größe der Strafe in entſchuldbarer Ungewißheit †)."

Stempf.

---

*) In §. 183 des neuen Strafgeſetzes iſt der **Rückfall** nur bei einzelnen Verbrechen als Strafſchärfungsgrund zugelaſſen, unter welchen der Bruch der Landesverweiſung nicht enthalten iſt, nämlich nur bei ſolchen Verbrechen, deren Verübung zur Gewohnheit, zur wahren Neigung werden kann. Man vergleiche die beſonderen Beſtimmungen in §§. 384, 647, 449, 532, 534, 667, 217, 256 des Strafgeſetzes. Dagegen bildet nach §. 151. 4 des Strafgeſetzes die **Wiederholung** von Verbrechen **ſtets** einen Straferhöhungsgrund!

**) Nach §. 18 des neuen Strafgeſetzes iſt die Landesverweiſung in der Regel (ſ. §. 43) nur Folge der Zuchthausſtrafe und nach §. 20 ebendaſelbſt wird deren Bruch nur mit geſchärftem Gefängniß nicht unter acht Tagen beſtraft. Das Maximum der Gefängnißſtrafe iſt aber nach §. 38, 39 des Strafgeſetzes in der Regel ein Jahr Kreisgefängniß.

In den Motiven zum Geſetzentwurf wurde hervorgehoben, bei Ausmeſſung der Strafe werde der Richter beſonders darauf ſehen müſſen, ob der aus dem Lande Verwieſene etwa zur Verübung neuer Verbrechen, oder zum Hohn des Geſetzes oder aber nur um durchzureiſen oder ein erlaubtes Geſchäft zu beſorgen in das Großherzogthum zurückgekehrt iſt.

Nach §. 151. 4 wird aber auch die Wiederholung als Straferhöhungsgrund wirken, ebenſo die Gefährlichkeit des Zurückgekehrten. — In der 18 Sitzung der erſten Kammer von 1842 erklärte der Vorſtand des Großh. Juſtizminiſteriums, die bisherige feſtbeſtimmte Strafe von ſechs Monaten Zuchthaus habe ſich im Allgemeinen ſehr unpaſſend gezeigt, und eine unverhältnißmäßige Menge von Begnadigungsgeſuchen veranlaßt

Schon Zachariä im dritten Bande ſeiner 40 Bücher vom Staate p. 317. vor Note 65 macht darauf aufmerkſam, daß durch das Beſtehenlaſſen eines Strafgeſetzes, welches durch die unverhältnißmäßige Strenge, mit welcher es einzelne Vergehen ahndet — mit den Grundſätzen des Rechts im Widerſpruch iſt, — durch das Beſtehenlaſſen ſolcher Geſetze in der Hoffnung, daß dem Uebel durch Begnadigungen abgeholfen werden könne, das Anſehen des Geſetzes nnd der Gerichte untergraben werde.

Zur Wahrung des öffentlichen Intereſſe's, welches die Verbannung des ausländiſchen Verbrechers erheiſcht, iſt es aber gewiß nicht nöthig, gleich zur Zuchthausſtrafe zu greifen und es iſt zweckwidrig, dem Richter für alle Fälle, ohne Rückſicht auf deren Mannigfaltigkeit — eine feſtbeſtimmte Strafe zur Anwendung vorzuſchreiben. Eben die unverhältnißmäßige Härte des Geſetzes ſtimmt den Richter bei deſſen Anwendnng zur Milde!

†) Die Richtigkeit dieſer, gewiß auf äußerſter Milde beruhenden Anſicht dürfte ſich bezweifeln laſſen, wenn man bedenkt, daß das Strafgeſetz des Königreichs Würtemberg den Rückfall allgemein als Strafſchärfungsgrund erklärt.

Wenn man übrigens dieſe Anſicht folgerichtig durchführen wollte, käme man nicht zuletzt dahin, zur Anwendung der inländiſchen Strafgeſetze auf Ausländer jeweils den Beweis zu fordern, daß dieſem jene bekannt ſeien? Inſofern man jedoch den Bruch der Landesverweiſung als ein dem badiſchen Rechte **eigenthümliches** Vergehen betrachtet, dürfte dem Ausländer allerdings ausnahmsweiſe die Einrede der Rechtsunwiſſenheit zur Milderung der Strafe gereichen. **Zachariä**, 40. Bücher vom Staate T. III. p. 22, 23. Note 25.

Digitized by Google

II.

1) Entſchädigung wegen Nichterfüllung eines Vertrags *) kann nur unter den Vorausſetzungen des L.R.S. 1146 gefordert werden — auch in Handelskäufen!

2) Die Setzung in Verzug kann aber weder vor Ablauf der Lieferungsfriſt, noch nach Auflöſung des Vertrags ſtattfinden!

3) Mahnung durch Briefe gilt nicht als Aufforderung im Sinne des L.R.S. 1139!

4) Welche Geſetze ſind maaßgebend, wenn der Vertrag, für deſſen Nichtvollzug ein Inländer auf Entſchädigung belangt wird, im Auslande mit einem Ausländer geſchloſſen und im Auslande zu erfüllen war?

Am 6. November 1843 ſchloß Handelsmann Rund von Heilbronn mit dem Handelsmanne Simon Oppenheimer zu Hoffenheim einen Vertrag, worin dieſer ſich verbindlich machte, in den Monaten November und Dezember 1843 dem Rund 50 Eimer Branntwein, im Gehalte zu 18° nach Carlier — nach Heilbron zu liefern — Rund dagegen ſich verpflichtete, für den Eimer 40 fl. zu zahlen.

Oppenheimer lieferte jedoch in der bedungenen Friſt nur 5 Eimer 8 Maaß und blieb mit dem Mehrbetrag von 45 Eimern weniger 8 Maaß im Rückſtand.

Rund reichte ſofort am 5. Januar 1844 eine Klage bei dem Amte Hoffenheim ein, worin er wegen Nichterfüllung des Vertrags von Seite des Oppenheimer verlangt:

1) die Aufhebung dieſes Vertrags hinſichtlich des noch nicht gelieferten Betrags Branntwein von 44 Eimern 191 Maaß, ſodann:
2) eine Entſchädigung von 18 fl. für jeden nicht gelieferten Eimer, im Geſammtbetrage von 807 fl. 41 kr. als den Unterſchied zwiſchen dem im Vertrage vom 6. November 1843 bedungenen — und demjenigen Preiſe, welchen der Branntwein am 1. Januar 1844, dem Endziel der Lieferung, gehabt habe.

Der Richter erſter Inſtanz entſprach dieſen beiden Begehren des Klägers, indem er den abgeſchloſſenen Vertrag für aufgehoben erklärte und den Beklagten außerdem zur Zahlung der geforderten Entſchädigung an den Kläger verurtheilte.

Gegen dieſes Urtheil, ſoweit er darin zur Zahlung der Entſchädigung verurtheilt worden war, ergriff der beklagte Theil die Appellation und erwirkte in zweiter Inſtanz die Abweiſung des Klägers mit der Entſchädigungsforderung. Das hofgerichtliche Urtheil wurde in folgender Weiſe begründet:

„Wenn auch L.R.S. 1184 bei doppelſeitigen Verträgen demjenigen Theil, welchem das nicht erfüllte Verſprechen geſchah, — und L.R.S. 1611 insbeſondere dem Käufer — freie Wahl läßt, entweder auf Vollzug oder auf Auflöſung des Vertrags und auf Entſchädigung zu klagen, ſo kann doch dieſes letztere Recht ſtets nur unter der allgemeinen Vorausſetzung des L. R. S. 1146 ausgeübt werden, nämlich erſt nach vorausgegangener förmlicher Verzugſetzung;

(Zachariä T. II. p. 365.)

auch kann ſtets nur Erſatz desjenigen Schadens, beziehungsweiſe Gewinns gefordert werden, welcher in Folge des Verzugs zwiſchen dem Zeitpunkt der Mahnung und dem der Erfüllung oder Auflöſung des Vertrags bereits erlitten, beziehungsweiſe entgangen war.

Zur Verzugſetzung wird aber nach L.R.S. 1139 eine öffentlich beurkundete Aufforderung oder ein anderer gleichgeltender Vorgang erfordert, wenn nicht der Vertrag ſelbſt die Beſtimmung enthielt, der Verzug ſolle durch das bloße Erſcheinen des Tags — ohne daß es weiterer Handlung bedürfe — eintreten, oder wenn nicht die Leiſtung von der Art iſt, daß ſie nur in einer gewiſſen Zeit erfüllt werden konnte.

Eine ſolche Ausnahme liegt aber nicht vor und die angebliche Mahnung des Klägers durch mehrere Briefe kann nicht als ein der öffentlichen Beurkundung gleichgeltender Act angeſehen werden.

Anhangſatz 109 c. macht nur bei Verzugszinſen in Handelsſachen eine Ausnahme von der Regel des

*) Vergl. J. B. n. F. V. p. 157 — 160, 161 — 164. VI. p. 307. VII. p. 21.

Annalen 1834 Nr. 24 p. 144 1835 Nr. 48 p. 278 — 280. 1839 Nr. 16 p. 97 — 100. 1840 Nr. 25 p. 151, 152. 1842 Nr. 28 p. 195 ff. 1844 Nr. 40 p. 297 — 299.

Digitized by Google

L.R.S. 1146; dieſe Ausnahme darf aber nicht ausdehnend angewendet werden.

Der Vertrag war zwar im Auslande geſchloſſen und zu vollziehen; da es ſich aber hier nicht um den Vollzug des Vertrags, ſondern um Entſchädigung zufolge der Auflöſung desſelben handelt, ſo kann die Entſchädigung, wie aus jeder andern unrechten That im Inlande, nach dieſſeitigen Geſetzen gefordert werden."

Hierdurch fand ſich nunmehr der Kläger beſchwert, welcher deßhalb als Oberappellant um Wiederherſtellung des amtlichen Erkenntniſſes bat.

Allein das hofgerichtliche Erkenntniß wurde vom Großh. Oberhofgerichte (I. Senat.) beſtätigt — und zwar aus folgenden Gründen:

„Nach den allgemeinen Beſtimmungen des L.R.S. 1184 ſtebt bei doppeltſeitigen Verträgen Jedem von beiden Theilen in dem Falle, wenn der andere Theil ſeine Verbindlichkeit nicht erfüllt, die Befugniß zu, entweder den Gegentheil zum Vollzuge des Vertrags, wenn dieſer noch möglich iſt, zu zwingen — oder deſſen Aufhebung nebſt der Entſchädigung zu fordern. In gleicher Weiſe kann zufolge der

L. R. S. 1610, 1611.

insbeſondere beim Kaufvertrage der Käufer nach Belieben die Aufhebung des Kaufs oder die Einſetzung in den Beſitz des Kaufobjects fordern, wenn deſſen Uebergabe durch die That des Verkäufers verſpätet ward; und es muß der Letztere in dem einen und andern Falle den Käufer, welchem aus der verſpäteten Ueberlieferung Nachtheil zugeht, entſchädigen.

Die eine ſowohl als die andere Forderung muß der allgemeinen Vorſchrift des L.R.S. 1184 gemäß (welche auch auf die Fälle des L.R.S. 1610, 1611 und da im Handelsrechte keine hiervon abweichende Beſtimmungen enthalten ſind, insbeſondere aber die Beſtimmung des Anhangſatzes 109 c., der Verſchiedenartigkeit des dort unterſtellten Falles wegen als eine, jener allgemeinen Vorſchrift des Landrechts derogirende Verfügung nicht angeſehen werden darf — namentlich auch auf Handelskäufe ihre Anwendung findet) gerichtlich geſchehen, und es kann nach Umſtänden dem Beklagten ein Aufſchub zum Vollzuge von dem Richter geſtattet werden.

Der Kläger hat im vorliegenden Falle von dem ihm zuſtehenden Wahlrechte, wonach er den Vollzug oder die Aufhebung des nicht erfüllten Kaufvertrags nebſt Entſchädigung verlangen konnte, in der Art Gebrauch gemacht, daß er die Auflöſung des Vertrags und Entſchädigung begehrte. In Folge ſeines Antrags iſt auch die Aufhebung des Vertrags durch das, insoweit rechtskräftig gewordene Urtheil des Amts bereits endgültig ausgeſprochen; es kommt darum nur noch die von ihm aufgeſtellte Entſchädigungsforderung als alleiniger Gegenſtand des Streits in Betracht.

Die Statthaftigkeit dieſer Forderung, als einer Entſchädigungsforderung, iſt im Allgemeinen und abgeſehen von der eigenthümlichen Beſchaffenheit des Schadens, deſſen Erſatz gefordert wird, durch die Vorausſetzung des L.R.S. 1146 bedingt, wonach ein Schuldner überhaupt zur Entſchädigung nur dann verbunden iſt, wenn er wegen Erfüllung ſeiner Verbindlichkeit in Verzug geſetzt wurde — den Fall ausgenommen, wo die gemachte Zuſage nur in einer gewiſſen Zeit, die er verſtreichen ließ, erfüllt werden konnte.

Zachariä, franz. Civilrecht T. II. §. 302. p. 234. §. 354. p. 365. Note 9.

Da nun der gedachte Ausnahmsfall hier offenbar nicht vorliegt, indem klagender Seits nicht behauptet oder durch Anführung von Thatſachen dargelegt werden konnte, daß die Lieferung derjenigen 45 Eimer Branntwein, welche Beklagter bis zum 1. Januar 1844 als dem bedungenen Termin, nicht geliefert hatte, nach dieſem Tage und nach Anſtellung gegenwärtiger Klage nicht mehr thunlich geweſen ſei; da ferner nach Anſicht des L.R.S. 1139 ebenſowenig angenommen werden kann, daß Beklagter durch die an ihn angeblich bis zum 15. Dezember 1843 (alſo in einer Zeit, wo die vertragsmäßige Lieferungsfriſt noch nicht umlaufen war) mehrfältig ergangenen Aufforderungen in Privatſchreiben von Seite des Klägers im geſetzlichen Sinne in Verzug geſetzt worden ſei, wozu der angerufene L.R.S. 1139 eine öffentlich beurkundete Aufforderung oder andere gleichgeltende Vorgänge fordert: ſo erſcheint Kläger bei der weiteren Erwägung, daß eine ſolche Aufforderung an den Beklagten mit rechtlicher Wirkſamkeit jetzt nach rechtskräftig ausgeſprochener Auf-

Digitized by Google

hebung des Vertrags gar nicht mehr möglich iſt (weil eine Verbindlichkeit zur Erfüllung des Vertrags nicht mehr beſteht), durch ſeine definitive Abweiſung mit der geforderten Entſchädigung nicht beſchwert.

Die badiſchen Geſetze konnten bei dieſer Entſcheidung (obgleich der in Frage liegende Vertrag von einem dieſſeitigen Staatsangehörigen — dem Beklagten — mit einem Ausländer im Auslande eingegangen wurde und im Auslande zu erfüllen war) ſchon darum allein zur Anwendung gebracht werden, weil es Sache des Klägers geweſen wäre, diejenigen ausländiſchen Geſetze, welche er zur Begründung ſeiner Anſprüche etwa geltend machen konnte und wollte — der badiſche Richter aber zu kennen nicht gehalten iſt, mit ſeinem Vortrage gehörig auszuführen und erforderlichen Falles zu erweiſen, was hier nirgends geſchah; indem klagender Seits vielmehr gerade die badiſchen Geſetze mehrfältig in den Verhandlungen als für die Entſcheidung maaßgebend angerufen wurden."

Stempf.

III.

Oberhofgericht.

Gehört die Einweiſung in Beſitz und Gewähr einer Erbſchaft (L.R.S. 770) vor die Gerichte oder vor die Verwaltungsbehörden?

Faller gegen Fiscus.

Nachdem der natürliche Sohn der bereits im Jahr 1811 verſtorbenen Mechthilde Dorer von Furtwangen, Carl Dorer zu Gutenbach, am 19. Juni 1843 ohne Hinterlaſſung ehelicher Nachkommen oder natürlicher Kinder, im ledigen Stande mit Tod abgegangen war, traten neben mehreren Verwandten mütterlicher Seite, welche aber ihre Anſprüche zur Zeit nicht weiter verfolgt haben, J. G. Faller von Furtwangen auf den Grund eines Erkenntniſſes des Amtes Triberg vom 25. Okt. 1811, das ihn der Vaterſchaft für geſtändig erklärt hatte, und der Großh. Fiscus auf den Grund des L.R.S. 786 auf, und begehrten die Einweiſung in Beſitz und Gewähr der in 832 fl. 5 kr. beſtehenden Verlaſſenſchaft des Karl Dorer. Hierauf erkannte das Amt Triberg unterm 17. Juni 1844:

daß dem Großherzogl. Fiscus, vorbehaltlich der Rechte Dritter — insbeſondere des J. G. Faller von Furtwangen — die Einſetzung in die Gewähr der Verlaſſenſchaft ertheilt werde.

Gegen dieſes Erkenntniß ergriff Faller zuerſt den Recurs an die Großh. Regierung des O. R. K., welche jedoch durch Beſchluß v. 15. Oktober 1844 die Sache — als nach L.R.S. 770 vor die Gerichte gehörig — zurückwieß.

Nun wandte ſich Faller an das Großh. Hofgericht und ſtellte an daſſelbe unter Berufung auf die Annalen von 1841 Nr. 13 und von 1842 Nr. 29 die Bitte, abändernd zu erkennen: daß der Großh. Fiscus mit ſeinem Geſuch abzuweiſen und dagegen er Faller in Beſitz und Gewähr des fraglichen Nachlaſſes einzuſetzen ſei.

Der deßfallſige Schriftſatz war als Appellations-Beſchwerdeſchrift und eventuelle Beſchwerdeführung bezeichnet.

Der gedachte Gerichtshof erkannte aber unterm 23. Mai 1845:

es ſeien die anher ergriffenen Rechtmittel als unzuläſſig zu verwerfen.

Gründe.

„Die Ausübung des dem Staate gebührenden Rechts auf erbloſe Güter — Art. 539, 768 des Landrechts — beziehungsweiſe die Uebertragung des juriſtiſchen und phyſiſchen Beſitzes derſelben iſt an die Vorausſetzung gebunden, daß Niemand Erbanſprüche auf die Verlaſſenſchaft macht, oder die etwa erhobenen Anſprüche im Wege eines Streitverfahrens rechtskräftig verworfen ſind.

Wenn nun der L.R.S. 770 zur Abſchneidung des dem Staate unmöglichen Beweiſes, daß keine Erbberechtigten exiſtiren, ein beſtimmtes Verfahren vorſchreibt, zufolge deſſen diejenigen Perſonen, welche Anſprüche erheben wollen, durch eine öffentliche Verkündigung Gelegenheit erlangen, ſich zu melden und durch Erhebung von Anſprüchen die Einweiſung in die — eben dadurch litigios gewordene — Erbſchaft zu verhindern, ſo iſt dieſes Verfahren offenbar keine civilproceſſualiſche Thätigkeit, ſondern ſie gehört in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit, da weder Rechte zu- noch aberkannt

Digitized by Google

werden ſollen, die von einem beſtimmten Gegner widerſprochen werden.

Da das franzöſiſche Recht das Verfahren und die Cognition in Gegenſtänden der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Allgemeinen den bürgerlichen Gerichten zugewieſen hat, ſo iſt es eine natürliche Folge dieſes Grundſatzes, daß auch in dem Art. 770 von der Einweiſung in den Beſitz als von einem durch die Gerichte vorzunehmenden Akte die Rede iſt, und es wurde bei der am 3. Februar 1809 erfolgten Publication des Landrechts an dem Urtexte in dieſer Beziehung nichts geändert, weil nach der damaligen Abſicht des Geſetzgebers die freiwillige Gerichtsbarkeit auch in Baden als eine den bürgerlichen Gerichten obliegende Thätigkeit angeſehen werden ſollte.

Aber ſchon das Organiſationsedict vom Jahr 1809, welches ſpäter, nämlich am 26. November 1809, verkündet wurde, hat unzweideutig den entgegengeſetzten Grundſatz ausgeſprochen, daß die jurisdictio voluntaria den Aemtern als Verwaltungsbehörden und nicht in ihrer Eigenſchaft als bürgerliche Gerichte zuſtehen ſoll.

Ausnahmen hievon ſind nur in ſoferne gemacht, als den Betheiligten ein privilegirtes forum zur Seite ſteht, und gerade daraus, daß für dieſe Ausnahmsfälle, ſowie für die Oberaufſicht und für die Recurſe in Gegenſtänden der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht die höhern Gerichte, ſondern die höhern Verwaltungsbehörden für competent erklärt ſind, ergibt ſich am deutlichſten, daß auch die Aemter in derartigen Fällen als Verwaltungsbehörden zu handeln haben.

Durch dieſen allgemeinen Grundſatz des Organiſationsedicts ſind alle ihm entgegenſtehenden einzelnen Beſtimmungen des früher verkündeten Landrechts aufgehoben worden; denn wenn gleich der Anfangstermin für die bindende Kraft des Landrechts erſt auf den erſten Januar 1810 feſtgeſetzt war, ſo iſt doch nicht dieſer Termin, ſondern die Publication für das Alter der Geſetze und für die Beurtheilung einer Willensänderung des Geſetzgebers entſcheidend, und eine Willensänderung hinſichtlich der vorwürfigen Beſtimmung iſt um ſo gewiſſer vorhanden, da neben dem Organiſationsedicte die Beſtimmungen des Landrechts nicht fortbeſtehen könnten, ohne jenes ſpätere Geſetz außer Anwendung zu ſtellen, während doch umgekehrt das neue Geſetz das ältere aufhebt, ſo lange nicht das frühere Geſetz der ſpätern allgemeinen Regel als ein Sondergeſetz gegenüber ſteht; dies iſt aber hier offenbar nicht der Fall, weil einzelne nothwendige Folgen aus einem frühern allgemeinen Grundſatz nicht als Sondergeſetze im Sinne des Art. 6. c. erſcheinen.

Das II. Einführungsedict, welches bald nach dem Organiſationsedict verkündet wurde, hat dieſe Aufhebung ſogar ausdrücklich ausgeſprochen, und beziehungsweiſe die allgemeine Regel des Organiſationsedicts für einzelne darunter gehörige Fälle wiederholt. Wenn jenes Edict auch nicht alle einzelnen Beſtimmungen des Landrechts, die ihrer Natur nach in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören, ausdrücklich berührt, ſo iſt es doch den allgemeinen Regeln der Auslegung entgegen, aus dieſem Stillſchweigen die Folgerung zu ziehen, daß das Organiſationsedict in Bezug auf dieſe nicht berührten Fälle wieder aufgehoben ſei. Dieſe Schlußfolge könnte nur dann vertheidigt werden, wenn das Organiſationsedict nicht in der Mitte läge, und wenn es ſich daher blos um eine Colliſſion zwiſchen dem Texte des Landrechts ſelbſt und dem II. Einführungsedicte handeln würde.

Zudem iſt auch kein Grund vorhanden, dem Geſetzgeber die Abſicht zu unterſtellen, daß er für einzelne Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Ausnahme feſtzuſetzen und ſo das Gebiet dieſer Thätigkeit unter verſchiedene Gattungen von Behörden vertheilen wollte.

Wenn es auch vom Standpunkte der Geſetzgebung zweifelhaft ſein mag, ob man dieſes Gebiet ſeinem ganzen Umfange nach den Gerichten oder den Verwaltungsbehörden zutheilen ſoll, ſo ſprechen doch für eine Vertheilung deſſelben keine Motive und zwar in Bezug auf die hier in Frage ſtehenden Fälle um ſo weniger, als eine Reihe anderer Handlungen den Verwaltungsbehörden zugewieſen ſind, die noch mehr als jene eine Würdigung nach Grundſätzen des Civilrechts vorausſetzen, z. B. die Genehmigung von Vergleichen der Minderjährigen und das Verfahren in Abweſenheitsfällen.

In dieſem Sinne hat auch der §. 1 der Proceßordnung nur die Rechtsſtreitigkeiten als Gegenſtand der Thätigkeit der bürgerlichen Gerichte bezeichnet und für andere Rechtsſachen überall kein Verfahren vorgeſchrieben.

Digitized by Google

Im vorliegenden Falle iſt das Amt Triberg nach Form und Inhalt der Sache nicht in der Eigenſchaft einer Richterbehörde aufgetreten, ſondern es hat dieſelbe als Rechtspolizeiſache behandelt *), und wenn auch die Großherzogliche Regierung des Oberrheinkreiſes ausgeſprochen hat, daß nach Art. 770 des Landrechts etwaige Beſchwerden gegen die amtliche Verfügung im Rechtswege anzubringen ſeien, ſo iſt doch einestheils dieſe Verfügung für den dieſſeitigen Gerichtshof nicht bindend, und andererſeits mit deſſen oben entwickelter Anſicht nicht übereinſtimmend.

Es mußte deßhalb mit Beachtung der §§. 54 und 169 der Proceßordnung wie geſchehen verfügt werden."

In letzter Inſtanz wurde, auf die von Faller eingelegte Oberberufung, unterm 29. Mai 1846 zu Recht erkannt:

„es ſei das hofgerichtliche Erkenntniß aufzuheben, die Sache als vor die Gerichte gehörig zu erklären und dem Großherzoglichen Hofgerichte des Oberrheinkreiſes aufzutragen, über die dortſelbſt eingeführte Appellation das weitere Rechtliche zu verfügen."

Oberhofgerichtliche Entſcheidungsgründe.

Der L.R.S. 770, auf deſſen Grund der Großherzogl. Fiscus, da er ſeine Anſprüche an die Verlaſſenſchaft des Karl Dorer auf den L.R.S. 768 ſtützte, die Einweiſung in die Gewähr derſelben nachſuchen mußte, ſchreibt ausdrücklich vor, daß dieſes Geſuch bei dem Gericht angebracht werden müſſe, in deſſen Gerichtsſprengel das Erbe eröffnet wurde.

Nach unſerem gewöhnlichen Sprachgebrauche ſowohl, wie nach der Geſetzesſprache wird unter dem Ausdruck „Gericht" nur eine richterliche Stelle verſtanden und es kann alſo nach dem Wortlaut kein Zweifel darüber erhoben werden, daß die Vorſchrift des L. R. S. 770 keine anderen Staatsbehörden im Auge haben konnte, als diejenigen, welche die richterliche Entſcheidung in dem Bezirke der Verlaſſenſchaft auszuüben haben.

Da nun aber ſchon vor Einführung des Landrechts und des Organiſationsedicts vom 26. November 1809 die freiwillige Gerichtsbarkeit den Verwaltungsbehörden zugewieſen war, ſo würde, wenn man auch annehmen wollte, daß die in dem gedachten L.R.S. 770 vorgeſchriebene Einſetzung in die Gewähr eines ohne erbfähige Verwandte und natürliche Kinder verſtorbenen Erblaſſers, nach allgemeinen Grundſätzen, nur als eine Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu betrachten wäre, doch dadurch, daß der Geſetzgeber dieſe Handlung den Gerichten beſonders zuweiſt, eine Ausnahme von jener allgemeinen Vorſchrift begründet ſein, die durch die nur allgemein lautende Beſtimmung des Organiſationsedicts von 1809 nicht aufgehoben wäre.

Es geht überdieß aus den Verfügungen des II. Einführungsedictes zum neuen Landrechte vom 22. December 1809, welches ſpäter erlaſſen wurde, als das erwähnte Organiſationsediet, hervor, daß die hier in Frage liegende landrechtliche Beſtimmung, welche die Geſuche des L.R.S. 770 vor die Gerichte des Gerichtsſprengels der Verlaſſenſchaft verwieß, nicht abgeändert werden ſollte. Denn während in dieſem Ediete überall da, wo es Solches für nöthig erachtete, die nach der franzöſiſchen Gerichtsverfaſſung in dem Code Napoléon an die Gerichte gewieſenen Gegenſtände vor die nach der dieſſeitigen Organiſation hierzu geeigneten Behörden verwieß, wie aus den §§. 9, 10, 11, 13, 15, 22 und 23 erhellt, hat es in Bezug auf den L.R.S. 770 nichts geändert, ſo wie es auch hinſichtlich der Vorſchriften, welche nach L.R.S. 1007 und 1008 von den Teſtamentserben zu beobachten ſind, die Vornahme der betreffenden Handlungen durch die Gerichte beibehalten hat.

Die Einweiſung in die Gewähr einer Erbſchaft kann aber endlich auch nicht zu den Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gerechnet werden, welche das Organiſationsedict von 1809 den Beamtungen — als Verwaltungsbehörden — und den Kreisdirectorien zugetheilt hat; ſondern es liegt der Grund, der ſie den Gerichten zuweiſt, ganz nahe und zwar darin, daß über die Erbſchaft leicht ſtreitige Anſprüche verſchiedener Perſonen entſtehen können, welche, wie dieſes im vorliegenden Falle geſchah, als Erbberechtigte auftreten, weßhalb denn auch über die vorgeſchriebenen Einweiſungsgeſuche nach L.R.S. 770 nicht eher erkannt werden ſoll, bis drei Verkündungen und öffentliche Anſchläge in der gewöhnlichen Form vorher gegangen ſind. Daß dieſes auch die Anſicht des Geſetzgebers

*) Unter dem amtlichen Erkenntniſſe ſtehen übrigens die Buchſtaben B. R. W. D. R.

Digitized by Google

iſt, erweiſt ſich ganz klar aus der Proceßordnung. Hierin ſind nämlich — dem Grundſatze des §. 1 unbeſchadet — durch §. 779 die Vorladungen bei Erbantretungen sub beneficio inventarii, die in gleicher Weiſe auch bei der außerordentlichen Erbfolge des Staats einzutreten haben, den Gerichten zugewieſen, die durch dieſes Verfahren zu erledigenden Verhältniſſe demnach als Gegenſtände des bürgerlichen Proceßverfahrens ausdrücklich anerkannt.

Das Erkenntniß des Bezirksamts Triberg vom 17. Juni 1844 kann hiernach nur als ein richterliches betrachtet werden, von welchem eine nach den Beſtimmungen der bürgerlichen Proceßordnung zuläſſige Appellation nur an das höhere Obergericht ergriffen werden konnte, und es hat ſich daher Letzteres, das Großherzogliche Hofgericht des Oberrheinkreiſes, mit Unrecht für unzuſtändig erklärt. Dabei verſteht es ſich übrigens von ſelbſt, daß dem Großherzoglichen Hofgerichte die Entſcheidung über die Zuläſſigkeit des Rechtsmittels in jeder andern Beziehung vorbehalten bleibt.

A. d. Gr. ꝛc. ꝛc. D. R.

IV.

Das badiſche Sportelgeſetz in bürgerlichen Rechtſachen. Unter Anführung der Motive bearbeitet von L. Stempf, Hofgerichtsrath in Mannheim. Karlsruhe, Druck und Verlag von C. Macklot 1846.

Der Verfaſſer des badiſchen Gantverfahrens und Gantrechts hat hier ſeine ſchriftſtelleriſche Thätigkeit einem Stoffe gewidmet, welcher ſeiner Trockenheit wegen wenig anziehend iſt. Um ſo verdienſtlicher iſt aber das Beſtreben, den dürren Boden zu bebauen und anzupflanzen.

Die citirte Schrift zerfällt in drei Abſchnitte.

I. Geſchichtliche Vorbemerkungen.

Dieſe machen uns mit den Vorarbeiten und ſtändiſchen Verhandlungen bekannt, aus welchen das Sportelgeſetz vom 13. October 1840 nebſt den hierauf bezüglichen Vollzugsverordnungen, Inſtruktionen und Reglements hervorgegangen iſt.

II. Das Sportelgeſetz.

Um ſowohl das Studium als die Anwendung dieſes in obiger Schrift vollſtändig abgedruckten Geſetzes zu erleichtern, hat der Verfaſſer zu den einzelnen Artikeln deſſelben den weſentlichen Inhalt des Vortrags zum Regierungsentwurfe, des Commiſſionsberichts und der ſtändiſchen Berathungen ausgezogen, auf die vorhandene Literatur hingewieſen, die Auslegungen, welche das Großherzogl. Juſtizminiſterium einzelnen Beſtimmungen des Geſetzes gegeben, geeigneten Orts angeführt, zugleich aber auch ſeine eigenen Erfahrungen und Wahrnehmungen im Gebiete des Sportelweſens hinzugefügt.

III. Beilagen, 15 an der Zahl.

Darunter ſind mehrere, mit dem Gegenſtand unſerer Betrachtung zuſammenhängende Verordnungen und Formularien, ſodann einige ſehr zweckmäßige Zuſammenſtellungen über Gebühren, Diäten u. ſ. w. begriffen.

Dem überall nach Ordnung ſtrebenden Verfaſſer gebührt das Zeugniß, daß er durch dieſes neue Produkt ſeiner Mußeſtunden allen Denjenigen, welche zur Anwendung des Sportelgeſetzes berufen ſind, gewiß einen ſehr erſprießlichen Dienſt geleiſtet hat. D. R.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

☞ Diejenigen geehrten Abnehmer der Annalen, welche dieſe Zeitſchrift durch eine Poſtanſtalt beziehen, wollen die Güte haben, dieſelbe

vor Ablauf des erſten Semeſters von Neuem zu beſtellen,

weil die Großherzoglichen Poſtanſtalten nur dann das neue Semeſter liefern, wenn ſolches ausdrücklich beſtellt worden iſt.

Preis für den Jahrgang, mit Poſtgebühr, 5 fl., für das Semeſter 2 fl. 30 kr.

Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. · № 25. Karlsruhe den 20. Juni 1846.

I.

Keine bedingten Beweiserkenntniſſe mehr! Proceßordnung §§. 402, 379.

Daß Beweiserkenntniſſe in Form einer unbedingten urtheilsmäßigen Auflage, nicht aber gleich den Urtheilen, worin auf Leiſtung eines Eides erkannt wird, in bedingter Form zu erlaſſen ſind, glaubte ich früher für einen in unſerem badiſchen Proceß unzweifelhaft ausgemachten Satz anſehen zu dürfen. Die Erfahrung hat mir aber gezeigt, daß im Unterrheinkreiſe, wie es ſcheint in Folge altgewohnter Uebung *), nicht blos in unterrichterlichen Beweiserkenntniſſen, ſondern auch in obergerichtlichen, die bedingte Form noch ſehr häufig angewendet wird, ſo zwar, daß die Beweiserkenntniſſe (von der Beweisverfügung des abgekürzten Verfahrens iſt natürlich hier keine Rede) in dieſer Weiſe gefaßt werden:

„Würde der Kläger binnen 14 Tagen bei Vermeidung des Ausſchluſſes mit den nicht benützten Beweismitteln, vorbehaltlich des Gegenbeweiſes, rechtsgenügend erweiſen — — — — ſo würde weiter ergehen, was Rechtens iſt.“

Daß dieſe Form ſich als unrichtig und unzweckmäßig darſtellt, iſt nicht ſchwer nachzuweiſen.

Aus den Vorſchriften der Proceßordnung §. 378 folg. über die Form der Urtheile, namentlich aus §. 379 vergl. mit §. 759 läßt ſich entnehmen, daß alle Urtheile mit alleiniger Ausnahme der im Geſetz beſonders hervorgehobenen Erkenntniſſe auf Leiſtung eines Eides in einfach, nicht blos bedingt, entſcheidender Form, abzufaſſen ſind.

In Proceßordnung §. 402 iſt beſonders beſtimmt:

„Das Beweiserkenntniß wird in Urtheilsform erlaſſen, mit dem Beiſatze:

„„Worauf weiter ergehen wird, was Rechtens iſt.““

Dasjenige, was im Falle des gelieferten oder nicht gelieferten Beweiſes in der Sache ſelbſt erkannt werden ſoll, darf darin nicht ausgeſprochen werden.“

Aus dem hier angeführten Beiſatz: „„Worauf weiter ergehen wird:““ läßt ſich klar erſehen, welche Form der Beweisauflage das Geſetz vorausſetzt und vorſchreibt. Zu der bedingten Faſſung des Beweiserkenntniſſes paßt ja dieſer Beiſatz in obiger Wendung gar nicht. Die Freunde der bedingten Faſſung müſſen ihn, um ihn ihrer abweichenden Form anzubequemen, dahin ändern: „ſo würde weiter ergehen was Rechtens iſt.“

Die Unrichtigkeit der fraglichen Form fällt aber noch ſtärker in die Augen, wenn man den Inhalt der Beweiserkenntniſſe im Vergleich mit den auf Eid erkennenden Urtheilen näher in das Auge faßt, beide Erkenntniſſe enthalten allerdings eine Auflage, die erſteren eine Beweisauflage, die anderen eine Eidesauflage. Beide kommen allerdings darin überein, daß die Auflage, gegen die gewöhnlichen Regeln aus beſonderen Gründen, in Form eines Urtheils auszuſprechen iſt. Allein bei der Eidesauflage finden ganz beſondere Rückſichten ſtatt. Nach dem gewöhnlichen Gange des

---

*) So ſcheint es allerdings, obgleich im §. 73 der O. G. O. von 1804 ungefähr daſſelbe verordnet iſt, was die §§. 379 und 402 der Proceßordnung vorſchreiben.

Allein durch die ungeeignete Form der Auflage wird das Beweiserkenntniß ſeinem Inhalte nach nicht zum bedingten, weil es darüber mit Stillſchweigen hinweggeht, was im Falle des gelieferten oder nicht gelieferten Beweiſes in der Sache ſelbſt erkannt werden ſoll. D. R.

Digitized by Google

Verfahrens ſollte die Eideserhebung, ſoweit man ſie als eine Art der Beweiserhebung betrachtet, dem Enderkenntniß vorhergehen. Die Leiſtung des Eides muß aber bis zu eingetretener Rechtskraft der urtheilsmäßigen Entſcheidung aufgeſchoben bleiben, weil der Eid leicht in höherer Inſtanz für unnöthig oder unzuläſſig erklärt oder dem Gegentheil auferlegt werden könnte, wornach dann, in augenſcheinlichem Widerſtreit mit dem Intereſſe der rechtlichen und ſittlichen Ordnung, der förmlich abgeleiſtete Eid für nicht erfolgt und unwirkſam angeſehen werden müßte. Damit der Schwörende um ſo reiflicher erwäge, ob er nach Geſtalt der Sache den geforderten Eid leiſten möge, muß jedesmal in dem Urtheil die Folge der Leiſtung und der Nichtleiſtung ausgeſprochen werden. Dieſe Beſtimmung findet ſich nicht nur in Proceßordnung §. 379 und 597, ſondern auch ſchon in §. 41 der Eidesordnung*), ja ſie iſt auch gemeinrechtlich in der l. 11 C. de sentent. et interlocut. (7, 45) begründet. Sie macht die bedingte Faſſung der auf Eid erkennenden Urtheile unvermeidlich, während bei anderen Erkenntniſſen die bedingte Form auch nach gemeinem Rechte nicht zu billigen iſt, wie ſchon der alte Ulpian in l. 1 §. 5. D. quand. apell. (49, 4) kund gibt, indem er ſagt: „Sane quidem non est sub conditione sententia dicenda."

Vergleiche auch Lauterbach collegium pandectarum L. 42 t. 1 §. 22.

Bei Beweiserkenntniſſen dagegen, zumal, wenn ſie wie die badiſchen Beweiserkenntniſſe nicht zur Rechtskraft gelangen und nach der ausdrücklichen Vorſchrift des Geſetzes, eine Angabe desjenigen, was als Folge des gelieferten oder nicht gelieferten Beweiſes, in der Sache ſelbſt erkannt werden ſoll, gar nicht enthalten dürfen, hat die bedingte Form gar keinen vernünftigen Grund für ſich, ſie erſcheint vielmehr ganz unpaſſend. Die naturgemäße Form für Auflagen oder Befehle iſt und bleibt die geradezu auflegende oder befehlende Form. Dies wird kein Zweifler bezweifeln, und es wird auch dieſe Form ſonſt bei richterlichen Auflagen namentlich bei den mit Rechtsnachtheil bedrohenden, allgemein angewendet. Wer wird auch eine Ladungsverfügung, der obenangeführten Faſſung entſprechend, alſo abfaſſen: Würde der Beklagte bei Vermeidung des Zugeſtändniſſes der Klage und des Ausſchluſſes mit allen Einreden an der und der Tagfahrt erſcheinen, oder (im Falle des ſchriftlichen Verfahrens) binnen einer Friſt von ſo und ſo viel Tagen ſich vernehmen laſſen? Was von dieſer Ladungsverfügung gilt, gilt auch von allen anderen ähnlichen Auflagen, womit ein Rechtsnachtheil angedroht wird. Das Beweiserkenntniß iſt aber ſeinem Weſen nach gar nichts anderes, als eine mit Rechtsnachtheil bedrohende Auflage, ſie unterſcheidet ſich von anderen gleichartigen Auflagen nur durch die beſonders vorgeſchriebene Urtheilsform.

Ueberdies verſtößt die bedingte Form der Beweiserkenntniſſe in der oben angeführten, gewöhnlich gebrauchten Form gegen die Gebote einer richtigen Sprache und Denklehre. „Würde der Kläger — bei Vermeidung des Ausſchluſſes — beweiſen;" hier wird der unmittelbar anzudrohende Rechtsnachtheil in den bedingten Satz hineingezwängt, und dadurch gewiſſermaßen ſelbſt mit bedingt, und es erſcheint dann am Schluſſe nach den nicht ſelten zahlreichen und gedehnten Beweisſätzen, als nichtsſagende Folge des vielverſprechenden „Wenn" oder „Würde" der harmloſe Nachſatz: „ſo wird weiter ergehen, was Rechtens iſt." Würde aber der Kläger nicht beweiſen, was dann? kann man bei obiger Faſſung mit Recht fragen. Es zeigt ſich, daß bei richtiger Durchführung der bedingten Form ein zweiter bedingter Satz für den Fall der Nichtführung des geforderten Beweiſes beigefügt werden müßte. „Würde dagegen der Kläger — dieſen Beweis nicht führen, ſo würde er — ausgeſchloſſen werden." Zu dieſer weitſchweifigen Faſſung, welche weder nöthig noch von irgend einem Nutzen iſt; wird ſich nicht leicht Jemand geneigt finden, ſelbſt wenn ſie nicht die Beſtimmung des Geſetzes gegen ſich hätte, wie dies nach der obigen Ausführung allerdings der Fall iſt.

Wenn Weiler in ſeinen Motiven die Abſchaffung aller bedingten Beweiserkenntniſſe nicht beſonders hervorgehoben hat, was im Hinblick auf die mehr oder minder ausgebreitete Uebung zweckmäßig geweſen wäre, ſo hat ſich dagegen ein anderes ausgezeichnetes Mitglied der damaligen Geſetzgebungskommiſſion Mittermaier in ſeinen nach Erſcheinen der Proceßordnung gehaltenen Vorleſungen, §. 14 des Dictats, ausdrücklich und entſchieden darüber ausgeſprochen, daß nach §. 402 der

*) Und im §. 215 der O. G. O. D. R.

Digitized by Google

Proceßordnung in Baden künftig keine bedingten Beweiserkenntniſſe mehr Statt finden. *)

Hiemit glaube ich die Verwerflichkeit bedingt gefaßter Beweiserkenntniſſe in klares Licht geſtellt zu haben. Werden die angeführten Verhältniſſe gehörig gewürdigt, ſo muß die Ueberſchrift dieſes Aufſatzes in Baden eine Wahrheit werden:

Keine bedingten Beweiserkenntniſſe mehr!

Eduard Brauer.

II.

Wenn Jemand bei der Veräußerung eines Hauſes die lebenslängliche Benützung beſtimmter Haustheile ſich vorbehält, iſt unter dem Ausdruck „Benützung" das Wohnungs- oder das Nutznießungsrecht zu verſtehen?

In der Rechtsſache Zotz gegen Gaß, Wohnungs- und Nutznießungsrecht betreffend, hat das Hofgericht des Oberrheinkreiſes unterm 12. October 1843 das amtliche Urtheil vom 9. April 1843, beſagend:

„der Beklagte Gaß ſei nicht berechtiget, die in dem, zwiſchen dem Kläger und ſeiner Ehefrau am 19. September 1835 abgeſchloſſenen Ehevertrag zur ausſchließlichen lebtäglichen Benützung vorbehaltenen Theile des der klägeriſchen Ehefrau in gedachtem Ehevertrag zu Eigenthum übergebenen Hauſes auf dem Marktplatze zu St., wie ſolche in der Klage von Nr. 1 bis 4 benannt ſind, zu vermiethen, noch ſonſt an andere abzutreten, vielmehr ſei derſelbe ſchuldig, dieſe Haustheile, falls er ſie nicht ſelbſt beziehen und benützen will, bei Zwangsvermeidung von der Miethe zu befreien, unter Verfällung des Beklagten in ſämmtliche Koſten"

unter Verfällung des Klägers Appellaten in die Koſten beider Inſtanzen dahin abgeändert:

daß der Kläger mit ſeiner erhobenen Klage abzuweiſen ſei.

Gründe.

Die Entſcheidung des vorliegenden Rechtsſtreites hängt lediglich von der Beantwortung der Thatfrage ab:

ob das lebenslängliche Genußrecht, welches ſich die Fr. A. Gaßiſchen Eheleute bei der Abtretung des Eigenthums ihres auf dem Marktplatze zu St. beſeſſenen Hauſes ſammt Zugehörde an ihre Tochter, Karoline Gaß, Ehefrau des Klägers, in dem Ehevertrage vom 19. September 1835 und dem Nachtrage vom 21. deſſelben Monats an den in der Klage bezeichneten, beſtimmten Haustheilen — vorbehalten haben — unter den geſetzlichen Begriff der Nutznießung, oder aber eines bloßen Wohnungsrechts im Sinne des Landrechtſatzes 625 ff. falle.

In dem Landrechte (II. Buch III. Titel II. Kap.) iſt die Wohnung (habitatio) als eine eigene Dienſtgerechtigkeit aufgeführt, deren rechtliche Natur ſich aus dem L. R. S. 633 ergibt, wornach das Wohnungsrecht ein ſich auf die Wohnungsbedürfniſſe des Rechtsinhabers und ſeiner Familie beſchränkendes Nutzungsrecht iſt.

Das charakteriſtiſche Merkmal, durch welches ſich alſo die Wohnungsgerechtigkeit von der Nutznießung unterſcheidet, beſteht offenbar darin, daß die Wohnungsgerechtigkeit ſich lediglich nur auf das Recht zu wohnen bezieht, während die Nutznießung nach L. R. S. 578 überhaupt das Recht gewährt, fremdes Eigenthum, ſo wie es iſt, gleich dem Seinigen zu genießen.

Dies vorausgeſetzt, ſo iſt, was die Vertra s-Beſtimmungen bei Conſtituirung des hier in Frage ſtehenden Genußrechtes betrifft, in der Klage angeführt:

daß ſich die Eltern der Braut in der gedachten Behauſung zur ausſchließlichen lebtäglichen Benutzung vorbehalten haben:

1) das ganze dritte Stockwerk ohne Ausnahme;
2) den ganzen Keller rechts an der Adlergaſſe mit dem Eingange von dem Hausgang;
3) die Hälfte der Scheuer und hintern Stallung, ſodann ganz das Kämmerlein gegen den Abtritt im zweiten Stockwerk;

*) Eine Ausnahme hievon machen die §§. 892 und 894 der Proceßordnung, wie dies auch nach §. 215 lit. i. der O. G. O. der Fall war. S. Bekks Commiſſionsbericht zu §. 892 und 893 der Proceßordnung. Bedingte Beweiserkenntniſſe (interlocut. mixtae) und bedingte Endurtheile ſind nämlich ihrer Natur und Weſenheit nach einander gleich, weil die einen wie die anderen Beweisauflagen enthalten und zugleich die Folgen der Erfüllung oder Nichterfüllung ausdrücken.

Zwiſchen Beweiserkenntniſſen dieſer Art und reinen Beweiserkenntniſſen (interlocut. merae.) mit bedingter Faſſung zeigt ſich aber ein ſichtlicher Unterſchied. D. R.

Digitized by Google

4) gemeinſchaftlich mit der Eigenthümerin die Waſchküche im untern Stock, den Backofen im zweiten Stock, ſodann die Bühne.

Aus dem eigenen Vortrage des Klägers geht alſo zur Genüge hervor, daß die Fr. A. Gaßiſchen Eheleute ſich die fraglichen Haustheile nicht bloß zur Wohnung in der eigentlichen Bedeutung des Wortes, ſondern überhaupt zur Benützung vorbehalten haben.

Unter dem generellen Ausdrucke „Benützung" — welcher nach dem gemeinen Sprachgebrauch als gleichbedeutend mit Nutznießung genommen wird, iſt aber überhaupt der Bezug jedes Nutzens, welchen der zur Benützung gegebene Gegenſtand hervorbringen kann, — zu verſtehen, und keineswegs kann darunter bloß das Recht, die fraglichen Haustheile ſelbſt zu bewohnen, begriffen angeſehen werden.

Hätten die Fr. A. Gaßiſchen Eheleute nur dieſes letztere Recht ſich vorbehalten oder mit andern Worten nur den eigenen Wohnungsbedarf ſich ſichern wollen, ſo hätte dies ausdrücklich beſtimmt, und geſagt werden müſſen, daß ſie jene Haustheile ſich zur Wohnung vorbehalten.

Hiernach und da auch gar keine Umſtände vorliegen, aus welchen etwa auf eine andere Abſicht der Contrahenten, als diejenige, welche ſich aus dem Wortlaute des Vertrages ergibt, zu ſchließen wäre, — kann alſo der L.R.S. 634 hier keine Anwendung finden, vielmehr ſtehen dem Beklagten die in L.R.S. 582 beſtimmten Nutznießungsrechte zu, woraus ſofort von ſelbſt die Grundloſigkeit der erhobenen Klage folgt.

Aus dieſen Gründen erſcheint der Beklagte durch das unterrichterliche Urtheil allerdings beſchwert und es mußte in der Hauptſache, wie geſchehen, erkannt werden.

Das Großherzogliche Oberhofgericht hat durch Urtheil vom 13. Februar 1845 den obigen Beſcheid beſtätiget und die hofgerichtlichen Entſcheidungsgründe mit dem Beiſatze adoptirt, daß für die Auslegung des vorbehaltenen Benutzungsrechts als Nutznießungs- und nicht als bloßes Wohnungsrecht, namentlich auch noch die zugeſtandene Thatſache als entſcheidend zu betrachten ſei, daß der Beklagte dieſe Wohnung ſeit der Uebergabe des Hauſes nicht ſelbſt benutzt, ſondern bis zur Erhebung der gegenwärtigen Klage ohne Einſprache des Klägers an dritte Perſonen vermiethet habe. — Dagegen wurde von dem Hofgericht des Oberrheinkreiſes in Sachen Rotter gegen Rotter, Nutznießung betreffend, durch Beſcheid vom 12. Februar d. J. erkannt:

Das unterrichterliche Urtheil vom 13. September 1845 beſagend:

„Der Kläger ſei — unter Verfällung in die Koſten — mit der Klage abzuweiſen

ſei — unter Verurtheilung des Appellanten in die Koſten dieſer Inſtanz — zu beſtätigen.

Gründe.

Der Streit wird darüber geführt, ob ſich der Kläger bei der Vermögensübergabe vom 29. Januar 1844 an gewiſſen Theilen des dem Sohne übergebenen Hauſes das Nutzungs- oder Nutznießungsrecht vorbehalten hat, ob er alſo befugt iſt, die vorbehaltenen Räume an dritte Perſonen zu verpachten resp. zu vermiethen, oder ob ihm dieſes Recht nicht zuſtehe, L.R.S. 595, 631 und 634.

Kläger ſpricht das Recht der Nutznießung und damit auch jenes der Uebertragung an dritte Perſonen an, während der Beklagte ihm nur ein Recht der Nutzung und Wohnung einräumt, alſo auch die Befugniß weiterer Verpachtung oder Vermiethung beſtreitet.

Die Quelle der Entſcheidung liegt zunächſt in dem Uebergabsvertrage vom 29. Januar 1844 ſelbſt, deſſen Beſtimmungen in der Klage angeführt und von dem Beklagten als richtig zugegeben ſind, wo es heißt in §. 1: „daß ſich der Vater und Uebergeber (d. i. der Kläger) die Wohnſtube und die Kammer ob dieſer Wohnſtube, dann das Recht in der Küche zu kochen ꝛc. zur lebenslänglichen Benutzung vorbehalte."

Dann in §. 2: „daß im Falle der Wiederverehelichung des Uebergebers das vorbehaltene Recht aufhöre und derſelbe nicht befugt ſein ſoll mit ſeiner Ehefrau im Hauſe zu wohnen." Endlich in §. 3 „daß auch die andern Kinder des Uebergebers, ſo lange ſie ledig ſind, das unentgeldliche Aufenthalts- oder Wohnungsrecht anzuſprechen haben.

Hier iſt alſo mehrfach die Rede vom Rechte der Nutzung und der Wohnung für den übergebenden Vater und deſſen übrige Kinder für die Dauer des ledigen Standes, und wenn auch in §. 2 des Vertrages das Wort Nutznießung einmal vorkommt, ſo läßt ſich daraus noch keineswegs die Abſicht der Contrahenten, ein ſolches Recht zu conſtituiren, ableiten, vielmehr ergibt

Digitized by Google

ſich die Abſicht, ein bloßes Nutzungs- und Wohnungsrecht vorzubehalten, klar und deutlich aus dem ganzen Inhalte jener Vertragsbeſtimmung, indem ausdrücklich geſagt iſt, daß für den übergebenden Vater im Falle ſeiner Wiederverehelichung das Recht, im Hauſe zu wohnen, aufhören ſoll und weder für dieſen Fall, noch wenn der Vater aus andern Gründen das vorbehaltene Recht nicht ausüben will, eine Entſchädigung ausbedungen wurde.

In dem Umſtande aber, daß ſelbſt der Vater ſeine eigene Frau, mit der ſich zu verbinden er etwa beabſichtigen möchte, in die vorbehaltene Wohnung nicht aufnehmen darf, liegt ohne Zweifel der ſchlagendſte Grund für die gemeinſchaftliche Abſicht der Parteien, daß ein Dritter das dem Vater verliehene Recht nicht ſolle ausüben dürfen und ſomit für die Conſtituirung eines Nutzungs- beziehungsweiſe Wohnungsrechts. Auch in der Natur der Sache und in den Verhältniſſen des vorliegenden Falls, wo eine ländliche nur für eine Familie eingerichtete Wohnung übergeben wurde, ſind die Anſprüche des Klägers ebenſowenig begründet und wenn je noch ein Zweifel über die Abſicht der Contrahenten übrig bliebe, ſo müßte ſich der Kläger, gemäß der Beſtimmung des L.R.S. 1162, die Auslegung gegen ſich gefallen laſſen.

Nach allem dieſem iſt der Kläger Appellant durch das amtliche Urtheil nicht beſchwert ꝛc.

Dieſe beiden Entſcheidungen ſtehen mit einander nicht im Widerſpruch; denn die Eingangs aufgeſtellte Frage iſt eine factiſche Frage, welche nämlich aus den einzelnen Umſtänden des Falles beantwortet werden muß.

Hiebei wiederhole ich den ſchon von vielen Andern an mehreren Orten ausgeſprochenen Wunſch, daß die Notare bei Aufnahme öffentlicher Urkunden ſo viel als möglich der geſetzlichen Ausdrücke ſich bedienen möchten, wodurch manche Proceſſe würden vermieden werden. Haager.

III.

Hofgericht des Oberrheinkreiſes.

Alle Handelsgeſellſchafter, auch die Geſellſchafter der Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen ſind für Geſellſchaftsſchulden ſammtverbindlich haftbar.

Die Glasfabrik Herzogenweiler klagte gegen J. Herr und J. G. Rieſterer für gelieferte Glaswaren einen Reſtbetrag von 231 fl. 6 kr. ein, und verlangte die ſammtverbindliche Verurtheilung beider Beklagten zur Bezahlung dieſer Summe. Rieſterer läugnete alles ab, Herr hingegen geſtand, die in der Klage verzeichneten Waaren gemeinſchaftlich mit dem erſteren gekauft zu haben, und Herr wurde durch amtliches Urtheil vom 8. Mai 1844 für ſchuldig erklärt, die eingeklagte Summe von 231 fl. 6 kr. nebſt Zinſen zu bezahlen. Gleichmäßige Verurtheilung des Rieſterer wurde von Verweigerung des ihm auferlegten Haupteides über den Klaggrund abhängig gemacht.

Gegen dieſes Urtheil ergriff J. Herr die Appellation. Die Beſchwerde beſtand darin, daß er für den Kaufpreis als ſammtverbindlich erklärt und deßhalb unbedingt zur Bezahlung der ganzen eingeklagten Summe von 231 fl. 6 kr. ſtatt nur zur Bezahlung der Hälfte verurtheilt wurde.

Das Hofgericht des Oberrheinkreiſes hat jedoch durch Urtheil vom 29. April 1845 den amtlichen Beſcheid unter Verfällung des Appellanten in die Koſten der zweiten Inſtanz beſtätiget, aus folgenden Gründen:

Der Beklagte J. Herr hat anerkannt, daß er die Waaren, deren Preis nun gefordert wird, gemeinſchaftlich mit dem Mitbeklagten Rieſterer, bei der Klägerin gekauft habe; er hat die ihm und dem Mitbeklagten in der Klage beigelegte Eigenſchaft eines Glashändlers nicht beſtritten vielmehr ausdrücklich zugegeben, daß ſie damals beide und zwar gemeinſchaftlich den Hauſirhandel betrieben haben.

Bei dieſen von der Klägerin acceptirten Anerkenntniſſen muß als gewiß angenommen werden, daß die Beklagten welche ſchon durch den gemeinſchaftlichen Waarenverkauf an ſich Geſellſchafter wurden, Zachariä, franz. Civilrecht §. 378. Note 1, in einer Art von Handelsgeſellſchaft im Sinne des 3. Titels des Handelsrechtes waren, nämlich ſich zur Betreibung eines Glashandels vereiniget hatten, und es muß daher das Verhältniß der Klägerin zu dem Beklagten J. Herr nach den Grundſätzen, welche das Handelsrecht von den Handelsgeſellſchaften aufſtellt, beurtheilt werden. Die Hauptquelle des Code de commerce, welchem die Beſtimmungen des badiſchen Handelsrechtes entnommen ſind, iſt in dieſer Materie die königliche Ordonnanz über den Handel vom März 1673 und dieſe ſchreibt in Artikel 7 des Titels IV. vor:

Digitized by Google

„*Tous associés* seront obligés solidairement aux dettes de la societé, encore q'uil n'y en ait qu'un, qui ait signé. au cas q'uil ait signé pour la compagnie et non autrement."

Offenbar ſind hierin zwei Beſtimmungen enthalten, nämlich die allgemeine Vorſchrift, daß alle Handelsgeſellſchafter ſolidariſch für die Societäts-Schulden haften, ſodann die beſondere, daß und inwiefern einer der Geſellſchafter allein eine die Geſellſchaft verpflichtende Verbindlichkeit eingehen kann.

Es iſt nun zwar einerſeits nicht zu läugnen, daß dieſe allgemeine Vorſchrift in dieſer Weiſe in dem Code de commerce wörtlich nicht aufgenommen wurde, indeſſen iſt andererſeits bei einer näheren Betrachtung der im 3. Titel enthaltenen Beſtimmungen über die Handelsgeſellſchaften nicht zu verkennen, daß jene Vorſchrift, welche offenbar auf dem — dem Handel ſo nöthigen Credite, vielleicht auch auf dem Principe des L.R.S. 2002 beruht,

vergl. Merlin, repertoir m. Societé, Sect VI., §. 1. Nr. II.

den Verfaſſern des Code de commerce vorſchwebte, wie ſich nicht nur ſchon aus der Beſtimmung des Art. 1862 des Code civil ergibt, wornach nämlich in andern als Handelsgeſellſchaften die Theilhaber für die gemeinſchaftlichen Schulden keine Sammtverbindlichkeit haben, ſondern noch klarer aus den Artikeln 23, 24 und 28 des Code de commerce herausſtellt. Denn in den beiden erſten Artikeln wurde offenbar als ſich von ſelbſt verſtehend angenommen, daß bei einer vertrauten Geſellſchaft die Geſellſchaftstheilhaber (im Gegenſatze der Geſellſchaftsgenoſſen) ſammtverbindlich ſind, und in dem letztern Artikel wurde ſogar der ſonſt nicht ſammtverbindliche Geſellſchaftsgenoſſe für ſolidariſch haftbar erklärt, wenn er nur irgend eine Verwaltungshandlung vorgenommen hat; es wollte daher auch mit der Beſtimmung des Art. 22, daß die offenen Geſellſchafter, die der Geſellſchaftsvertrag ausweiſen muß, ſammtverbindlich für alle Verpflichtungen der Geſellſchaft haften, wenn gleich nur Einer der Geſellſchafter, jedoch mit dem Handlungsnamen unterzeichnet hatte, wohl nichts anderes als dasjenige feſtgeſetzt werden, was erforderlich ſein ſoll, um eine bloß von Einem Geſellſchafter contrahirte Schuld zu einer Geſellſchaftsſchuld zu machen, ſo daß auch hier die Solidarität der Handelsgeſellſchafter für Geſellſchaftsſchulden als etwas Ausgemachtes vorausgeſetzt wurde.

Dieſemnach läßt ſich nicht behaupten, daß jene Vorſchrift des ältern franz. Rechtes in dem Handelsrechte nicht wieder anerkannt wurde; vielmehr ſteht auch nach dieſem neuern Rechte der Grundſatz feſt, daß bei Handelsgeſellſchaften die Geſellſchaftstheilhaber für die Geſellſchaftsſchulden ſolidariſch haften. Dies wird auch nicht nur von vielen Schriftſtellern des franz. Rechtes angenommen, ſondern auch in mehrern Urtheilen franzöſiſcher Gerichtshöfe anerkannt, und es beſtand hauptſächlich nur darüber Streit, in wiefern durch Verträge Eines der Geſellſchafter die übrigen verpflichtet wurden.

Pothier des obligations, Nr. 265.
Bornier ad art. 7 lit. 4 de l'ordonance de 1673.
Jeusse et *Savary* parere 61.
Pardessus cours de droit com. Nr. 182, 1049.

Ja es wurde ſogar von den erſtgenannten Autoren angenommen, daß wenn nur zwei Handelsleute gemeinſchaftlich eine Parthie Waaren kaufen, dieſelben ſchon deßhalb allein ſammtverbindlich werden, wenn auch ein eigentlicher Geſellſchaftsvertrag unter ihnen nicht beſtand.

Die entgegenſtehende Anſicht von *Duranton* cours de droit ed. Fr. T. XI. Nr. 196. T. XVII. Nr. 453, 456 beruht hauptſächlich auf dem allgemeinen Principe des L.R.S. 1202 und der Unterſtellung, daß die obige Beſtimmung der Ordonnanz vom Jahre 1673 nicht in den Code de commerce aufgenommen wurde. Allein da nach dem Obigen dieſes nicht anzunehmen iſt, ſo kann auf dieſe abweichende Anſicht kein Gewicht gelegt werden, zumal auch *Duranton* l. c. ſelbſt zugibt, daß dieſe Unterlaſſung vielleicht nur auf einem Ueberſehen beruhe.

Nachdem nun in dem vorliegenden Falle, wo der Ankauf gemeinſchaftlich geſchah, es keinem Zweifel unterliegen kann, daß die daraus entſtandene Schuld, eine gemeinſchaftliche Schuld der Geſellſchaft war, ſo bedarf es auch keiner näheren Unterſuchung, was für eine Handelsgeſellſchaft unter den Beklagten beſtand, ob es nämlich eine Handelsgeſellſchaft im Sinne des Art. 19 insbeſondere eine offene Geſellſchaft (Art. 20.)

Merlin, repertoir m. Societé, Sect. II. §. III. Art. 1

oder eine bloße Verbindung zu einer Handels-Unternehmung — Art. 47. Merlin l. c. Art. IV. — war; ſo wie es denn

Digitized by Google

auch gleichgültig iſt, von wem die in der Klage erwähnten Zahlungen geleiſtet wurden, da ſolche immer von der ganzen Schuld abgerechnet werden müſſen.

Aus dieſen Gründen iſt der Beklagte J. Herr durch das unterrichterliche Erkenntniß, welches ihn für die klägerſche Reſtforderung ſammtverbindlich erklärt, nicht beſchwert ꝛc.

Haager.

IV.

Iſt Verheimlichung der Schwangerſchaft und Niederkunft ſtrafbar, wenn das Kind am Leben bleibt?

Die Verheimlichung der Schwangerſchaft und der Niederkunft war zwar nach §. 62 d. des Strafedicts auch dann ſtrafbar, wenn das Kind keinen Schaden genommen hatte; die Strafbarkeit jener Verheimlichung iſt jedoch durch die landesherrliche Verordnung vom 16. Februar 1813 (Rgblt. Nr. 6, p. 30) auf den Fall beſchränkt, daß das Kind todt gefunden wird, und zwar in der im Eingang des Edicts klar ausgeſprochenen wohlmeinenden Abſicht, um zu verhüten, daß die Mutter, welche heimlich ein lebendes Kind außerehelich geboren hat, durch die Furcht vor der hierdurch bereits verwirkten Strafe etwa beſtimmt werde, den Zeugen ihrer Strafbarkeit zu beſeitigen, ſomit zu dieſem Zwecke ein neues ſchwereres Verbrechen zu begehen.

ſ. Annalen 1839, Nr. 43, p. 283. Red. Note † am Schluſſe.

Die landesherrliche Verordnung vom 16. Februar 1813 ſpricht zwar von Beſtrafung der Unzucht und von den Fällen, wann dieſe nicht mehr oder noch ſtattfinden ſolle; allein es muß in dieſer Beziehung wohl beachtet werden, daß auch §. 62 des Strafedicts im Allgemeinen nur von Beſtrafung der Unzucht handelt und unter a—d. die Fälle aufzählt, in welchen eine Milderung oder Schärfung der Unzuchtsſtrafe eintreten ſoll, unter e—g. die Strafe der Rückfälle und unter h. i. die Beſtrafung der Unzucht, mit welcher beſondere Standes- oder Aufſichtspflichten verletzt werden, beſtimmt!

Die unter §. 62 d. des Strafedicts beſtimmte Strafe iſt daher auch nur eine wegen Verheimlichung der Schwangerſchaft und Niederkunft bis zu wenigſtens 3 Monaten Zuchthaus geſchärfte Unzuchtsſtrafe; keineswegs aber war letztere neben der in §. 62 d. beſtimmten Strafe noch beſonders auszuſprechen, das Edict vom 16. Februar 1813 konnte daher auch nicht die Beſtimmung haben, nur ſie aufzuheben.

Daß das landesherrliche Edict vom 16. Februar 1813 die Strafe des §. 62 d. des Strafedicts auf den Fall heimlicher Schwangerſchaft und Niederkunft mit dem Erfund eines todten Kindes beſchränken wollte, ergibt ſich aber auch aus den Worten deſſelben nicht allein im Eingang

> „in fernerer Erwägung, daß wir den Dirnen, welche ſich des empörenden Verbrechens des Kindermords künftig dennoch ſchuldig machen ſollten, keine Entſchuldigung ſolcher Gräuelthaten durch Härte der Geſetze gegen ſie — mehr übrig laſſen wollen.,"

ſondern auch am Schluſſe:

> „wobei übrigens die Beſtrafung ——— jener, die ohne vorher ihre Schwangerſchaft angezeigt zu haben, mit einem todten Kinde erfunden werden, nach wie vor nach dem Inhalt unſeres Strafedicts vorbehalten bleibt."

Hier wird alſo auf die in §. 62 d. angedrohte Zuchthausſtrafe verwieſen (mithin offenbar nicht auf die einfache Unzuchtsſtrafe), jedoch außer der Verheimlichung der Schwangerſchaft und Niederkunft auch noch der Erfund eines todten Kindes (und zwar dieſes in erſter Reihe) gefordert. Sobald die Niederkunft nicht heimlich geſchah (mochte nun die Schwangerſchaft verheimlicht worden ſein oder nicht), kann der Tod des Kindes — an ſich keine Veranlaſſung zur ſtrafrichterlichen Einſchreitung ſein (ſondern nur etwa, wenn Spuren von Abtreibung des Kindes ſich ergeben).

Die Heimlichkeit der Niederkunft kann zwar dem Leben oder der Geſundheit des Kindes Gefahr bringen, allein dieſe Möglichkeit des Eintritts einer Gefahr für das Kind begründet noch nicht das Recht zu ſtrafen; ſondern dieſes tritt erſt ein, wenn ein rechtswidriger Erfolg ſich ergeben hat oder wenigſtens beabſichtigt war und dieſe böſe Abſicht erwieſen iſt.

Es kann aber ſowohl die Verheimlichung der Schwangerſchaft als heimliche Niederkunft ohne böſe Abſicht gedacht werden: nämlich entweder aus Schamgefühl der außerehlich Schwangern oder aus Irrthum oder Unge-

Digitized by Google

wißheit ſelbſt Unwiſſenheit über den Zuſtand der Schwangerſchaft und deſſen Fortſchreiten veranlaßt und herbeigeführt worden ſein. *)

> Feuerbach herausgegeben von Mittermaier 1836. §. 238, 238 a. und Noten.

Sobald jedoch hilfloſe Niederkunft mit Vorbedacht veranſtaltet worden und der Tod des Kindes dabei erfolgt iſt, entweder durch die hilfloſe Lage der Mutter allein oder durch andere ihr dabei zur Fahrläßigkeit zuzurechnende Handlungen oder Unterlaſſungen; ſobald ferner der als Folge der abſichtlich herbeigeführten Hilfloſigkeit bei der Niederkunft erwartete Tod des Kindes nur deßhalb nicht eingetreten iſt, weil er durch dazwiſchen getretene äußere Umſtände abgewendet wurde (ſobald alſo die Merkmale des nächſten Verſuchs der Tödtung oder der beendigten verbrecheriſchen Unternehmung vorhanden ſind,) ſoll Strafe eintreten, wie auch in §§. 220, 218 des neuen Strafgeſetzes angenommen iſt,

> ſ. Annalen 1839 Nr. 43 p. 284. Zuſatz der Redaction zu Note ††.

Dagegen nahm man bei Berathung dieſes Geſetzes auch an, daß mit Strafe nicht bedroht werden ſolle:

1) die ohne Vorſatz, etwa bloß durch Zufall eingetretene Hilfloſigkeit der Niederkunft, ſelbſt wenn ſie den Tod des Kindes zur Folge habe;
2) die Verſetzung oder Begebung in eine hilfloſe Lage bei der Niederkunft an ſich, ohne Abſicht der Tödtung und ohne tödlichen Erfolg;
3) ſelbſt die abſichtliche Herbeiführung hilfloſer Niederkunft zum Zweck der Veranlaſſung des Todes des Kindes, wenn die Merkmale des nächſten Verſuchs der Tödtung oder der beendigten verbrecheriſchen Unternehmung (§. 107 Straf-G.) nicht vorliegen. cfr. §. 108 des Strafgeſetzes.

---

*) Die Perſon, welcher eine Verheimlichung der Schwangerſchaft zur Laſt gelegt wird, muß nothwendig ihres Zuſtandes bewußt geweſen ſein. Fehlte es an dieſem (durch Irrthum, Ungewißheit oder Unwiſſenheit ausgeſchloſſenen) Bewußtſein, ſo kann ihr die Abſicht der Verheimlichung unmöglich imputirt werden.
D. R.

> ſ. Commiſſionsbericht (Nr. 5) über die Titel 10—16 des Strafgeſetzentwurfs; erſtattet von dem Abgeordneten Dr. Zentner, zu §§. 199 und 201. (§§. 200 und 202 des Entwurfs) p. 13, 14.

Stempf.

V.

Druckfehler in §. 937 der Proceßordnung.

In der Handſchrift der Geſetzgebungscommiſſion, welche bei Großherzoglichem Juſtizminiſterium aufbewahrt iſt, heißt es bei §. 937 d. P. O.:

„Der Maſſepfleger hat — mit dieſer Anzeige die Quittungen der Gläubiger über die erhaltenen Zahlungen, die zurückerhaltenen Schuldſcheine ꝛc. ꝛc. — — vorzulegen."

Dieſe mit §. 932 ganz übereinſtimmende Faſſung iſt bei den Berathungen der Commiſſion nicht geändert worden. Allein in dem gedruckten Entwurfe, welcher der Kammer von 1831 vorgelegt wurde, waren offenbar durch Druckfehler die obengenannten Worte „Zahlungen, die zurückerhaltenen" ausgelaſſen.

Es heißt alſo jetzt bloß, daß der Pfleger die Quittungen über die erhaltenen Schuldſcheine vorlegen müſſe, was fehlerhaft iſt, da nirgends verfügt wurde, daß die Gläubiger Schuldſcheine erhalten ſollen, und höchſtens in dem Falle, wo ſie aus der Maſſe nicht bezahlt werden, die Zurückgabe von Schuldſcheinen erfolgen kann, damit das beſſere Glück des Schuldners dereinſt benützt werden könne. —

Ueberdies iſt der Maſſepfleger gar nicht im Beſitz ſolcher Scheine, mit welchen er überhaupt nichts zu thun hat.

Da indeß bei den Kammerverhandlungen der Fehler nicht entdeckt wurde, ſo wurde der Entwurf unberichtigt zum Geſetz erhoben. Es iſt aber gewiß, daß die Behörde nach §. 932 befugt ſein muß, den Pfleger zur Nachweiſung über die Befriedigung der Gläubiger anzuhalten.

(Auszug aus einer vom Großherzogl. Juſtizminiſterium den Gerichtshöfen gemachten Mittheilung über das Verfahren in Gantſachen, insbeſondere die Entwerfung und den Vollzug der Vertheidigungsbeſcheide).

Haager.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. **Nro 26.** Karlsruhe den 27. Juni 1846.

I.

Wie ſollen Collegialurtheile zu Stande kommen?

Die unverkennbare Wichtigkeit der Beantwortung voranſtehender Frage und deren beſondere Natur möge es entſchuldigen, wenn dieſe Zeilen die Aufmerkſamkeit des Publikums für eine Materie in Anſpruch nehmen, die in dieſen Blättern bereits für und wider von Trefurt und Bekk beſprochen iſt *). Höchſt wichtig iſt die Entſcheidung der aufgeworfenen Frage, weil es ſich darum handelt, ob die Gerichtshöfe des Großherzothumes in Wahrheit und ihrem Weſen nach Collegien, oder vielmehr nur ein Conſortium von Einzelnrichtern ſein ſollen; ob der angeſchuldigte Staatsbürger hinfort durch einen in ſich zuſammenhängenden untrennbaren, förmlichen Beweis, welcher die Ueberzeugung der Mehrzahl ſeiner Richter gewann, überführt — oder durch die zuſammengerechneten Stimmen von Einzelnen gerichtet werden ſoll, deren jeder ſeine Ueberzeugung auf einen beſondern Grund, etwa auf ein nur ihm allein einleuchtendes Anſchuldigungsindicium bauen darf.

Eigenthümlicher Natur iſt dieſe Frage inſofern, als deren Beſprechung — weniger poſitive juriſtiſche Kenntniſſe erheiſchend — außer einer philoſophiſchen Entwickelung aus der Natur der Sache ſelbſt, insbeſondere möglichſt umſichtige Beachtung aller denkbaren Fälle, worin beide verfochtene Principien zur Anwendung kommen können, zu verlangen ſcheint. — Darum dürfte wohl auch ein Laie ſich ein paar Worte erlauben, ſollte auch die bereits vorhandene umfaſſende Behandlung des Gegenſtandes nur fragmentariſche Erörterung ferner zulaſſen.

*) Annalen von 1838 Nr. 5 und 26. D. R.

Hier ſei es vor Allem geſtattet, die Anſicht zu beanſtanden; als ob die bisherige Verfahrungsart, die Majorität nur nach den Reſultaten der einzelnen Abſtimmungen zu zählen, immer für den peinlich Angeklagten die günſtigere ſei. Wohl kann ſie dies in einzelnen Fällen werden; im allgemeinen dürfte aber die Gunſt der ſtrafrechtlichen Vertheidigung vielmehr die entgegengeſetzte mehr formelle Art der Stimmzählung erheiſchen; es ſei denn, daß man unſeren Richtern die Stellung von Geſchwornen anweiſen wollte, in welcher jeder Einzelne das von ihm ausgeſprochene Schuldig nur vor ſeinem eigenen Gewiſſen zu rechtfertigen hat. Denn als Rechtfertigung vor den Collegen kann es doch wohl nicht gelten, wenn jeder zur Vervollſtändigung des erforderlichen Beweiſes nur ein Indicium zu nennen braucht, was (vielleicht allen) andern Mitgliedern des Collegiums als unzulänglich erſcheint. Ein Beiſpiel: der Angeſchuldigte hat das Zeugniß eines Mitſchuldigen gegen ſich (Art. 31 der Carol.) ſein eigenes außergerichtliches Geſtändniß wird von Einem Zeugen behauptet (Art. 32 vgl. mit 23) — oder welche Combination man ſonſt denken will. Es kommt nun auf eine Ergänzung dieſes Beweiſes durch anderweite Indicien an. Deren können aber viele in jedem einzelnen Falle zuſammenkommen (vgl. Art. 25, 26 der Carol.).

Hier iſt es nun offenbar günſtiger für den Angeſchuldigten, wenn jedes weitere Indicium, womit ſeine Verurtheilung gerechtfertiget werden ſoll, eine Majorität von Stimmen für ſich gewinnen muß (ſowohl rückſichtlich ſeiner Beweiskräftigkeit, als ſeiner eigenen Conſtatirung); als wenn jeder Votant, der „ſchuldig" ausſprechen will, nur auf irgend welches Indicium ſein Votum zu ſtützen braucht, ſollte auch die entſchiedene Mehrheit der ver-

Digitized by Google

ſammelten Richter der Meinung ſein, daß doch (um ein Beiſpiel zu gebrauchen) das Ausgeben dieſer oder jener Geldſorten (worauf jener Votant Gewicht legen will) unter den obwaltenden Umſtänden gar nicht verdächtig ſei. — Günſtig für den Angeſchuldigten iſt alſo die bisher meiſt übliche Weiſe der Urtheilsfindung wohl nicht. Damit ſoll jedoch noch nicht über deren Werth oder Richtigkeit abgeſprochen werden.

Soll es erlaubt ſein auch über den letztern Punkt eine unmaßgebliche Anſicht zu äußern, ſo möge dies mit der Frage geſchehen: Ob nicht vielleicht keine der in dem angeführten Blatte der Annalen verfochtene Methoden unbedingten Vorzug überall verdiene? Ob nicht vielleicht jede mit Unterſcheidungen die richtige ſei? Hiervon noch einiges ſpäter. — Will man aber nur Ein und daſſelbe Princip der Urtheilsfindung annehmen, dann dürfte die von Heffter als allein richtig dargeſtellte und von Trefurt gebilligte Methode, wonach „Collegien ſich auf formellem Wege durch vereinzelte Abſtimmung eine Kette oder Brücke von Gründen zum Endreſultat bilden“ müſſen, durch die von der Redaction dagegen erhobenen Anſtände noch nicht widerlegt ſein. Nach der letztern ſoll die Entſcheidung dieſer Streitfrage von der weiteren Vorfrage abhängen:

„Was Hauptſache ſei, ob das Urtheil oder die Entſcheidungsgründe?

Natürlich ſoll das Urtheil die Hauptſache ſein, und damit die Vernachläſſigung der formellen Abſtimmung über die Entſcheidungsgründe gerechtfertiget werden. Dieſem Argumente möchten wir aber das Bedenken entgegenhalten, in welchem Sinne man denn das Urtheil ſeinen Gründen gegenüber zur Hauptſache machen könne? Das Urtheil (im engſten Sinne) ſteht zu den Gründen, worauf es beruht, logiſch in dem Verhältniſſe der Concluſion zu den Prämiſſen. Wenn ich ſchließe: Alle Menſchen ſind ſterblich, A iſt ein Menſch; alſo iſt A ſterblich — was iſt da Haupt- und was Nebenſache? Dieſes ganze Urtheil iſt ein einiger untrennbarer Act der Denkkraft; — nothwendig (vermöge des Geſetzes vom Widerſpruche) ſobald die beiden Vorderſätze in das Bewußtſein getreten ſind. Solch ein Urtheil aber (und nichts anderes) iſt jede richterliche Sentenz; — oder ſie iſt — genauer genommen — in den meiſten Fällen nicht ein einfacher, ſondern ein Kettenſchluß; wo immer ein Vorurtheil zum folgenden Urtheil wieder die Prämiſſe bildet; wobei aber nicht minder jeder einzelne integrirende Satz einen ſo weſentlichen Beſtandtheil abgiebt, daß mit deſſen Verwerfung der ganze Kettenſchluß über den Haufen fällt. Daraus folgt unwiderlegbar, daß die Abſtimmung eines einzelnen Votanten bei der Faſſung eines Collegialurtheils nicht mitgezählt werden kann, wenn der in dieſer beſondern Abſtimmung dargeſtellte Kettenſchluß einen einzigen Vorſchluß in ſich aufgenommen hat, welcher durch Majorität poſitiv als unzuläſſig (als ungeſetzlich) verworfen iſt. Denn es iſt ja, wie geſagt, ſeit Ariſtoteles noch nie bezweifelt worden, daß mit der Umſtoßung irgend eines (gleichviel welchen) Theiles der Vorausſetzungen eines Kettenſchluſſes das ganze Gebäude vernichtet iſt. Als rechtlich vernichtet muß aber doch z. B. die Annahme einer Thatſache alsdann gelten, wann die meiſten Votanten nicht etwa nur kein Gewicht legen auf jene Thatſache, ſondern das dafür vorliegende Beweismittel poſitiv als ungeſetzlich verwerfen. Dann muß doch wohl jene ganze Abſtimmung, welche in ihrer Begründung jene Thatſache als bewieſen vorausſetzte, als rechtlich vernichtet angeſehen werden, ſo wehe es auch dem Einzelnen thun mag, ſeine Anſicht dem Urtheile der Mehrheit zu unterwerfen.

Geeignete Beiſpiele werden die Richtigkeit des Geſagten noch mehr in’s Licht ſetzen und insbeſondere zeigen, welchen Zufälligkeiten die Urtheile der Gerichtshöfe nothwendig unterworfen werden, wenn man die Logik aus irgend welchen (wohl kaum denkbaren) Zweckmäßigkeits-Rückſichten, bei Seite ſetzen wollte. Man denke eine Anfechtungs- oder Umſtoßungsklage gegen ein Teſtament oder ein Theilungsgeſchäft, in welcher Klage mehrere Nichtigkeits- oder Umſtoßungsgründe gehäuft ſind. Geſetzt nun von zwei aufgeſtellten Nichtigkeitsgründen würde bei der Abſtimmung in unſerem höchſten Gerichtshofe ein jeder mit einer Mehrheit von fünf Stimmen gegen zwei als in dem Geſetze nicht begründet verworfen; will dann wirklich die verehrliche Redaction der Annalen, daß das zu verkündende Urtheil, wegen der über das ſogenannte Endreſultat vorhandenen Mehrheit von vier Stimmen gegen drei, auf Nichtigkeit des Teſtamentes lauten ſoll? Wie nun? wenn der Kläger zuerſt ſeine Klage gegen das Teſtament nur auf Einen Nichtigkeitsgrund

Digitized by Google

geſtützt hätte; — ſo wäre dieſe Klage mit fünf gegen zwei Stimmen abgewieſen worden; und dann hätte er eine zweite Klage, auf den zweiten Nichtigkeitsgrund gebaut, angeſtellt — ſo wäre auch dieſe Klage (nicht wegen rechtkräftig entſchiedener Sache) nach der unverändert vorauszuſetzenden Anſicht des Gerichtshofes über dieſen zweiten Nichtigkeitsgrund mit einer gleichen Mehrheit von fünf Stimmen gegen zwei abgewieſen worden — das iſt unläugbar — ſoll nun, frage ich, die materielle Entſcheidung über Nichtigkeit des Teſtamentes von der leeren Zufälligkeit abhängen, daß in dem Einen Falle der Kläger ſeine beiden Anfechtungsgründe zugleich, in dem andern Falle jeden beſonders zur Aburtheilung dem Gerichtshofe vorgetragen hat? Soll es davon abhängen, daß in dem erſteren Falle das Teſtament als nichtig caſſirt, in dem zweiten aber als rechtsgültig aufrecht erhalten wird? — Gleichwie nach mechaniſchen Geſetzen zwei zugleich aufſchlagende Bomben im Stande ſind ein Gewölbe zu zertrümmern, welches den einzeln auffallenden widerſtanden haben würde? — Ein anderes Beiſpiel. Einer im Wege der Klage geltend gemachten liquiden Forderung werden in der Form von Einreden ſieben verſchiedene Gegenforderungen entgegengehalten, ſämmtlich ſchlecht begründet, ſo daß der Beklagte für jede der letzteren nur Ein Votum von ſieben zu gewinnen vermag; hier ſind nun alle ſieben Votanten darüber einig, daß der Kläger nichts weiter zu fordern habe; dieſes Reſultat kann aber doch gewiß nicht der Inhalt der rechtskräftigen Definitiv-Sentenz werden, da die Gegenforderungen des Beklagten, wenn er ſie im Wege der Klage geltend gemacht hätte (was doch keinen Unterſchied machen kann, Reus excipiendo fit actor) eine jede mit der möglich größten Stimmenmehrheit, verworfen worden wären. — Hoffentlich wird man dagegen nicht einwenden, dieſe Beiſpiele ſeien in das Extrem getrieben. Die Anwendung des beanſtandeten Principes iſt richtig, und ſomit dient das Extreme nur dazu, das angewandte Princip deſto untrüglicher zu prüfen. Ihrem Weſen nach haben die gebrauchten Beiſpiele durchaus nichts eigenthümliches. Was von ſieben Einreden der Wettſchlagung gilt, kann ſich ebenſo bei ſieben oder weniger Einreden anderer Natur ereignen.

Da ſich in der Regel mehr Einwendungen auffinden als Klaggründe häufen laſſen, ſo wird durch das von der Redaction vertheidigte Princip, (weil darnach jede Einwendung nur Eine Stimme zu gewinnen braucht, um ¹/₇ zur Abweiſung des Klägers zu wirken) die Rolle des Beklagten unrechtmäßiger Weiſe begünſtiget; und wenn wirklich dieſe von Trefurt angefochtene Abſtimmungs-Methode in den Gerichtshöfen die übliche iſt, ſo muß deren Wirkung in den Civil-Proceß-Tabellen daran ſich erkennen laſſen, daß ſich ein unverhältmäßiges Unterliegen der Kläger zeigt, welches um ſo beweiſender gegen die Richtigkeit obiger Methode wäre, als der Natur der Sache nach häufiger einem gerechten Anſpruche frivol getrotzt, als ein ſchlechter Anſpruch klagend verfolgt wird, mithin beim Mangel eines inneren Grundes ein äußerlich zufälliger geſucht werden muß, um jene Erſcheinung zu erklären.

Doch genug zur Vertheidigung der Heffter-Trefurtiſchen Anſicht gegen die Zweifel der Redaction der Annalen; ſchließlich ſei es erlaubt auf die oben aufgeworfene Frage zurückzukommen, ob vielleicht die Löſung der Streitfrage durch eine Unterſcheidung möglich ſei? Einſender glaubt nämlich, daß die von der Redaction vertheidigte Praxis der Urtheilsfindung allerdings denkbar, vielleicht ſogar die richtigere ſei, ſo lange ſie auf eine Entſcheidung von Thatfragen (ſoweit dieſe ohne alle Anwendung beſtrittener Rechtsgrundſätze möglich iſt) beſchränkt bleibt. Alſo zum Beiſpiele in dem oben angeführten Falle eines Indicien-Beweiſes. Wenn ein unbeſtreitbarer, beinahe vollſtändiger Beweis vorliegt, und nun der Eine Votant auf dieſes, der andere auf jenes ergänzende Indicium ausſchließlich Gewicht zu legen geneigt iſt, je nachdem ſeine Lebenserfahrung und das nicht immer auf klare Gründe zurückführbare Wahrſcheinlichkeitsgefühl ihn antreibt, — dann halte man ſich an das Endergebniß, ohne Uebereinſtimmung in allen Gründen zu verlangen *). Theilen ſich dabei die Stimmen unter ſieben verſchiedene Inzichten, ſo wird freilich die objective Kraft einer jeden, die noch erforderliche Ergänzung des Beweiſes abzugeben, auf ein Siebentel des Erforderlichen geſchwächt. Sieben Siebentheile Wahrſcheinlichkeit machen aber nach den Grundſätzen der Wahrſcheinlichkeits-Mathematik Eine volle formelle Gewißheit. Das heißt in der Sprache des gemeinen Lebens: wenn auch ſechs

---

*) Vergleiche Annalen von 1846. Nr. 20. D. R.

Inzichten trügen ſollten, ſo iſt doch vorauszuſetzen, daß von ſieben Eine nicht täuſcht.

Dabei wird aber vorausgeſetzt, daß die *rechtliche* Zuläſſigkeit eines ſolchen Indiciums nicht durch die Mehrheit der Stimmen beanſtandet ſei.

Der weſentliche Unterſchied des zuletzt dargeſtellten Falles einer lediglich auf thatſächliche Wahrſcheinlichkeit zu bauenden Entſcheidung von den früheren Beiſpielen ſtreitiger Anwendbarkeit einer Rechtsnorm liegt darin, daß im erſteren nur *abweichende* Anſichten nebeneinander treten, während bei der letzteren ſich contradictoriſch widerſtreitende Vota bekämpften. Wenn eine Inzicht den meiſten Votanten nicht beweiskräftig zur Verurtheilung erſcheint, ſo erſcheint ſie denſelben doch damit noch nicht als *Gegenindicium*; — wenn aber z. B. nur zwei Stimmen ſich für die Rechtzeitigkeit der Berufung ausſprechen, ſo ſprechen ſich damit zugleich fünfe für das Entgegengeſetzte, für die Verſpätung derſelben aus; und wenn nun zwei weitere Stimmen die gebetene Wiederherſtellung geſtatten wollen, aber fünf Stimmen dieſes Geſuch als ungegründet verwerfen, ſo hat der Appellat offenbar ein ſtärkeres Recht auf Zurückweiſung der Appellation, als der Appellant auf Zulaſſung des Rechtsmittels; und zwar darum, weil die entſchiedenſte Majorität daſſelbe als verſpätet verworfen, und eine ebenſo entſchiedene Majorität die Reſtitution für unzuläſſig erklärt hat, und weil unmöglich aus zwei Minoritäten über zwei ſo ganz heterogene Entſcheidungen als *die* über Rechtzeitigkeit und *die* über Reſtitution eine *dritte* Majorität gebildet werden kann für eine *dritte* eigentlich nur fingirte Entſcheidung über die angebliche Frage der *Zuläſſigkeit des Rechtsmittels*; — und weil es endlich offenbar als Gewähr eines richtigen Erkenntniſſes gleichgültig ſein muß, ob die nämlichen fünf Stimmen ſich gegen die Rechtzeitigkeit und gegen Wiederherſtellung ausſprechen, oder ob zufällig verſchiedene Individuen für die Rechtzeitigkeit und für die Wiederherſtellung ſich erklären.

Möge dieſem Gegenſtande jedenfalls diejenige Aufmerkſamkeit zu Theil werden, die er ohnſtreitig verdient.

X.

II.

Hofgericht des Unterrheinkreiſes.

Oberhofgericht.

Rechtsſtreit über die Gültigkeit einer Haustheilung.

(In Sachen *Baumann* gegen von *Stetten*.)

Zwei Geſchwiſter, denen mit der elterlichen Erbſchaft ein Haus angefallen war, theilten ſolches (1836) in der Art, daß der Bruder im zweiten Stock 3 Zimmer, Küche ꝛc., die Schweſter im untern Stock Kammer, Küche u. dgl. erhalten, Höflein, Küche, Backofen, Waſchkeſſel, Stiegen, Thüren u. a. aber gemeinſchaftlich bleiben ſollten. Unter den Rechtsnachfolgern beider Geſchwiſter entſtand Streit, indem die Beſitzerin des einen Hausantheils behauptete, die frühere Theilung ſei nur proviſoriſch geſchehen, auch, als Theilung in die Quere, ungeſetzlich; ſie verlangte daher, daß das Haus, als noch ungetheilt und als geſetzlich untheilbar, verſteigert und jedem Theile die Hälfte des Erlöſes zugeſchieden werde. Der Beklagte ſchützte hiergegen die Theilung von 1836 vor, die er als endgültig und geſetzlich zuläſſig darzuſtellen ſuchte.

Das Amt wies hierauf (am 25. Mai 1842) die Klage ab. Das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreiſes dagegen hielt dieſelbe für begründet. Es ſprach ſich in den Entſcheidungsgründen zu dem, eine in zweiter Inſtanz vorgetragene neue Einrede betreffenden, Beweiserkenntniſſe vom 17. Juni 1843 dahin aus: der Beklagte habe zugeſtanden, daß das Haus urſprünglich gemeinſchaftlich geweſen, er habe daher (da die Klage auf Beſeitigung der Gemeinſchaft nach L.R.S. 575, 577 bg. 837, 1686 unzweifelhaft begründet ſei) zu behaupten, daß dieſe Gemeinſchaftlichkeit aufgehört habe, d. h. das Haus bereits getheilt worden ſei. Die Theilung von 1836, auf welche der Beklagte ſich berufe, ſei aber weder eine *definitive* Theilung, noch überhaupt eine *Theilung des Eigenthums am ganzen Hauſe*, ſondern in der That nur eine *Theilung des Genuſſes* geweſen. Müſſe daher das Haus als im Eigenthum noch *ungetheilt* angeſehen werden, ſo könne die Klägerin deſſen Verſteigerung verlangen, ſobald es *untheilbar* ſei. Daß letzteres der Fall, wird auf folgende Art deducirt:

„Nach L.R.S. 827 kann füglich nicht getheilt werden, was nicht ſo vielfach vorhanden iſt, daß jedem Mitei-

Digitized by Google

genthümer ein ähnliches Stück werden könnte, und auch durch Zertheilung nicht zu einer ſolchen Mehrheit gebracht werden kann, weil es natürlich oder geſetzlich untheilbar iſt; und nach §. 4 des Geſetzes vom 23. März 1808 über den Vorzug an liegenſchaftlichem Erbe (Reg. Bl. Nr. XI.), welches in Gemäßheit des §. 18 des I. Einführungsedicts noch fortgilt, und deſſen Anwendbarkeit hier um ſo weniger bezweifelt werden kann, als es ſich gerade um eine Theilung zwiſchen den Rechtsfolgern von Erben einer gemeinſchaftlichen Liegenſchaft handelt, ſind alle diejenigen ſtadtwirthſchaftlichen Gebäude, die nicht der Höhe nach getheilt werden können, indem eine Theilung der Quere nach nicht zugelaſſen werden ſoll, als untheilbar zu betrachten. Daß eine gleichmäßige Theilung der Höhe nach, zufolge welcher jeder Partei ihren abgeſonderten Antheil an Keller, Stockwerken und Dach erhalten würde, nicht möglich ſei, ergibt ſich ſchon aus der Beſchreibung des Hauſes, und da nur *ein* ſolches Haus exiſtirt, ſo ſind alle Vorausſetzungen der Untheilbarkeit vorhanden. Der L.R.S. 664 gedenkt zwar des Falles, wo die einzelnen Stockwerke eines Hauſes verſchiedenen Eigenthümern gehören, allein abgeſehen davon, daß es das Geſetz über die Vortheilsgerechtigkeit nicht buchſtäblich abändert, bezieht es ſich auch gar nicht auf den Fall, wo die verſchiedenen Stockwerke im Wege einer richterlich vorgenommenen Theilung verſchiedenen Eigenthümern zugefallen ſind, ſondern auf den, wo aus einem andern Grunde, ohne daß früher Gemeinſchaft beſtanden oder über die Theilungsart ein Rechtsſtreit erhoben war, das eine Stockwerk einen andern Eigenthümer erhält, als die übrigen.“

Gegen dieſe Deduction hatte der appellatiſche Anwalt im Laufe der weitern Verhandlungen eingewendet: Miteigenthümer könnten eine gemeinſchaftliche Sache theilen, wie ſie wollten, ſie könnten daher z. B. die *Hauptſache* zu *Eigenthum* vertheilen und einzelne *Appertinenzen* *gemeinſchaftlich* laſſen; hieraus aber folge, *einmal*, daß eine Theilung *des Ganzen* nicht mehr begehrt werden dürfe, und ferner, daß, wenn es ſich um die Theilung der gemeinſchaftlich gebliebenen *Zubehörden* handle, die Natur der *letzteren* allein entſcheide, ob getheilt werden könne oder nicht. Seien ſolche keine ſelbſtſtändigen Stücke, ſo finde eine Theilung beziehungsweis Verſteigerung nicht ſtatt. Nach den Looszetteln aber, welche dem Amtsreviſoratsprotokoll vom 5. Juli 1836 beigeheftet ſeien, hätten die K'ſchen Geſchwiſter die dort näher bezeichneten Theile des Hauſes ausdrücklich als Eigenthum zugewieſen erhalten, auch ergebe die ganze Verlaſſenſchaftsauseinanderſetzung keine Spur, daß nur zum Genuß getheilt werden wollte. Die deßfallſige Einrede des Beklagten ſei daher wohlbegründet.

Allein der Gerichtshof beharrte auf ſeiner frühern Anſicht, zu deren Begründung in den Entſcheidungsgründen zum Endurtheile vom 11. Mai 1844 noch weiter bemerkt wurde:

„In den frühern Motiven iſt nachgewieſen, daß das fragliche Haus im geſetzlichen Sinne *untheilbar* iſt. Haben daher auch die Intereſſenten eine Vereinbarung getroffen, welche den *Anſchein* einer Theilung zu Eigenthum hat, oder etwa als ſolche *gelten ſollte*, ſo iſt dieſe unerheblich, weil es eine rechtliche *Unmöglichkeit* war, das Haus zu Eigenthum zu vertheilen. Es iſt aber ferner ſelbſt die durch die Looszettel zu Stande gekommene Uebereinkunft keine *wahre* Theilung zu Eigenthum. Wenn gleich die Parteien ſich dieſes Worts bedienten, um das zwiſchen ihnen conſtituirte Rechtsverhältniß zu bezeichnen, ſo iſt doch nicht *der Namen*, den ſie letzterem gaben, ſondern *die Materie* des Vertrags bei der Frage allein entſcheidend, welcher Kategorie das Rechtsgeſchäft angehöre. Durchgeht man aber die einzelnen Beſtimmungen, wie ſie in den Looszetteln getroffen ſind, ſo ergibt ſich, daß nicht die Subſtanz des Hauſes reell getheilt iſt, ſondern jeder Partei nur gewiſſe Räume zur Wohnung oder Aufbewahrung ihrer Fahrniß ausſchließend zugeſchieden wurden, daß dagegen ſowohl mehrere an ſich unweſentliche, als auch hauptſächlich gerade diejenigen Beſtandtheile gemeinſchaftlich blieben, deren Geſammtheit zu dem Begriff eines Gebäudes nöthig iſt, wie Mauern, Wände, Dach, Thüren, Treppen u. dgl., ſowie der Grund und Boden, worauf das Ganze ruht. Da man nun nicht ſagen kann, dieſe weſentlichen Beſtandtheile des Hauſes ſeien bloße Pertinenzen deſſelben, ſo liegt der von dem appellatiſchen Anwalte berührte Fall gar nicht vor. Aus jener innern Beſchaffenheit der zwiſchen den K'ſchen Geſchwiſtern ſtattgehabten Theilung folgt nun aber weiter, daß ſolche ungeachtet des gebrauchten Ausdrucks „zu Eigenthum“ nur das Recht *ausſchließlicher Benützung* der ange-

Digitized by Google

wieſenen Räume bewirken konnte, mithin in der That eine Theilung des Genuſſes war.“

Auf die vom Beklagten ergriffene Oberappellation ſtellte aber das Großherzogl. Oberhofgericht unterm 5. Februar 1845 das amtliche Urtheil wieder her. In den Entſcheidungsgründen wird zuerſt aus den Theilungsakten von 1836 nachgewieſen, daß die Abſicht der Geſchwiſter K. auf eine Theilung des Eigenthums und nicht bloß des Genuſſes an jenem Hauſe gerichtet geweſen ſei. Sodann wird bemerkt, es blieben zwar nach Ausſcheidung der in jener Theilung dem einen oder andern Miteigenthümer als ausſchließliches Eigenthum zugewieſenen Objekte noch verſchiedene Haustheile übrig, welche entweder nach der Natur der Sache, auch ohne ausdrückliche Erwähnung, fernerhin zwiſchen beiden Miterben gemeinſchaftlich ſein mußten, wie z. B. das Dach und die Stockmauer, oder welche in den Theilungsurkunden ſelbſt als fortwährend gemeinſchaftlich aufgeführt werden. Allein durch dieſe Fortdauer der Gemeinſchaft hinſichtlich einzelner Theile und Zubehörden des Hauſes werde die Wirkſamkeit der Haustheilung im Ganzen keineswegs aufgehoben. (Folgt hier dieſelbe Ausführung, wie in einem älteren Urtheile, welches in dieſen Blättern, Jahrg. 1845 S. 192, mitgetheilt iſt.)

In Beziehung auf die aus dem Geſetze vom 23. März 1808 §. 4 abgeleitete Ungültigkeit der vorgenommenen Theilung wird geſagt:

„Daß dieſes Geſetz, welches durch ſeine Faſſung als eine im öffentlichen Intereſſe erlaſſene verbindende Vorſchrift ſich ankündigt, und deßhalb in Gemäßheit des L.R.S. 6 1 die Nichtigkeit des dagegen verſtoßenden Rechtsgeſchäfts im Falle ſeiner Anwendbarkeit zur Folge haben würde, auch nach Einführung des neuen Landrechts ſeine verbindende Kraft behalten habe, kann nach Anſicht des §. 18 des I. Einf.-Ed. und in Anbetracht, daß eine buchſtäbliche Aenderung deſſelben im L.R. nicht enthalten iſt, zwar auf keine Weiſe bezweifelt werden ..... Allein das angerufene Geſetz kann hier darum keine Anwendung finden, weil daſſelbe als ein die Freiheit der Vertragsperſonen beſchränkendes Partikulargeſetz in ſeiner Anwendung auf diejenigen beſondern Fälle, für welche es erlaſſen wurde, beſchränkt werden muß, ein ſolcher Fall aber hier nicht vorliegt. Jenes Geſetz hatte, wie ſchon in ſeinem Eingange klar ausgeſprochen iſt, nur den Zweck, in Bezug auf das an vielen Orten des Großherzogthums noch beſtehende Vorzugsrecht an untheilbarem Liegenſchaftserbe, Beſitz- oder Vortheils-Gerechtigkeit genannt, eine einſtweilige gleichförmige Vorſchrift zu geben und hierdurch vorkommenden Unbilligkeiten und Mißbräuchen zu begegnen. Der Kreis ſeiner Wirkſamkeit erſtreckt ſich demnach nur auf jene Erbtheilungen, wo ein derartiges Vortheilsrecht in Anſpruch genommen wird, was jedoch bei Vertheilung der K'ſchen Verlaſſenſchaft im J. 1836 in keiner Weiſe der Fall war. Bei ihrer Beurtheilung kommen darum nicht die in der Vortheilsordnung von 1808 enthaltenen, ſondern nur die allgemeinen Beſtimmungen des Landrechts über Erbtheilungen und Untheilbarkeit der zur Erbmaſſe gehörigen Liegenſchaften zur Anwendung. Daß aber die von den Geſchwiſtern K. im Jahr 1836 vorgenommene Haustheilung, obgleich ſie nur nach Stockwerken und mit Beibehaltung der Gemeinſchaftlichkeit verſchiedener Haustheile geſchah, mit den deßfallſigen Beſtimmungen des Landrechts, insbeſondere mit den Landrechtsſätzen 827, 827 a und 827 b im Einklang ſtehe und demnach eine ſolche Theilung des Hauſes im Stück allerdings rechtlich möglich und verbindend ſei, darüber kann nach Anſicht des L.R.S. 664 kein begründender Zweifel erhoben werden, indem dieſer Satz gerade den Fall, wo die verſchiedenen Stockwerke eines Hauſes verſchiedenen Eigenthümern gehören, unterſtellt, und die einem jeden Eigenthümer obliegenden Verbindlichkeiten in Bezug auf Ausbeſſerung und Wiederaufbauen der gemeinſchaftlichen Haustheile beſtimmt, wobei die geſetzliche Zuläſſigkeit einer derartigen Abtheilung des Eigenthums im Allgemeinen als unzweifelhaft vorausgeſetzt werden mußte. Iſt nun hiernach gewiß, daß die Behauſung, deren Verſteigerung mit der Klage beantragt wird, bereits von den frühern Eigenthümern auf geſetzliche Weiſe im Stück getheilt und jedem Miteigenthümer die Hälfte davon als alleiniges Eigenthum zugeſchieden wurde, eine Gemeinſchaftlichkeit des Eigenthums am ganzen Hauſe ſohin unter den Parteien längſt nicht mehr beſteht, ſo zerfällt damit die Begründung der auf Theilung des ganzen Hauſes mittelſt öffentlicher Verſteigerung gerichteten Klage, und es mußte darum Klägerin damit abgewieſen werden.“

K. Ammann.

Digitized by Google

III.

Oberhofgericht

Nach welchen Grundſätzen ſind die Vermögensverhältniſſe jener Ehen zu beurtheilen, welche vor dem 1. Januar 1810 ohne Vertrag eingegangen und nachmals in der Gnadenfriſt bis zum 1. Januar 1812 ohne Vertrag fortgeſetzt worden ſind?

Hanover gegen Steger.

Die J. Stegerſchen Eheleute hatten weder bei ihrer Verheirathung im Jahr 1803, noch innerhalb der oben bezeichneten Gnadenfriſt einen Vertrag errichtet und ſich ſomit lediglich dem Geſetze unterworfen. Als nun ſpäter in der Gant des verlebten J. Steger die Wittwe ihr Einbringen, beziehungsweiſe den Erſatz dafür reclamirte, entſtand die in der Aufſchrift geſtellte Frage.

Unbeſtritten war zur Zeit und am Ort der Eingehung dieſer Ehe eine allgemeine Gütergemeinſchaft in der Art üblich, daß, im Falle der Auflöſung, dem Ehemann zwei Drittel, der Ehefrau dagegen ein Drittel des Vermögens gebührten.

Dieſer Maaßſtab wurde der hofgerichtlichen Entſcheidung über die Reclamationen der cridariſchen Ehefrau zum Grunde gelegt, indem der Gerichtshof von der Fiction ausging, daß der Liquidantin am 1. Januar 1812 von den in die Ehe gebrachten Liegenſchaften nur noch ein Drittel gebührt und ſie nur dieſes Drittel in die neue geſetzliche Gütergemeinſchaft des Landrechts inferirt habe. *)

Der oberſte Gerichtshof (II. Sen.) fand jedoch dieſe Entſcheidung in den Geſetzen nicht begründet und motivirte ſein abänderndes Erkenntniß vom 2. Mai 1846 folgendermaßen:

„Wenn eine Ehe ohne Errichtung eines Vertrags geſchloſſen wird, ſo unterwerfen ſich die Ehegatten ſtillſchweigend denjenigen Geſetzen oder Rechten, welche im Anfang der Ehe, beziehungsweiſe während der Dauer und bei Auflöſung derſelben im Wohnſitze der Ehegatten gelten. Die Einführung einer neuen, das zur Zeit der Eingehung der Ehe beſtandene Recht abändernden Geſetzgebung kann ebenſowenig einer Auflöſung der Ehe gleichgeſetzt, als die unbedingte Anwendung derſelben auf ſolche Ehen bezweifelt werden, welche bereits vor Einführung des neuen Geſetzes ohne Vertrag geſchloſſen, aber erſt nach demſelben aufgelöſt worden ſind.

Mit dieſen aus der Natur der Sache und allgemeinen Grundſätzen abfließenden Prämiſſen ſtimmen auch die poſitiven Geſetze überein. Das I. Einführungsedict zum Landrecht, Art. XII., geſtattet zwar ausnahmsweiſe den altverheiratheten Unterthanen die Errichtung eines Ehevertrags bis zum 1. Januar 1812, es erklärt aber in Nr. 3 ausdrücklich und beſtimmt, daß nach jenem Zeitpunkte alle auch vor Einführung des Landrechts ohne Vertrag, beziehungsweiſe ohne Nachholung deſſelben geſchloſſenen Ehen bei Auflöſung derſelben lediglich nach den neu eingeführten Regeln des Landrechts, mithin ſo werden beurtheilt und auseinandergeſetzt werden, wie es bei jenen geſchehen muß, welche nach Einführung des Landrechts ohne Vertrag in die Ehe treten. Nach Wort und Abſicht dieſes Geſetzes ſind alſo ſolche Ehen, wie die hier in Frage ſtehende, bei deren Auflöſung, beziehungsweiſe bei Aufhebung der Gütergemeinſchaft, lediglich nach den jetzt beſtehenden landrechtlichen Beſtimmungen zu beurtheilen, ohne daß für die Periode von Eingehung der Ehe bis zum 1. Januar 1812 auf das ältere Recht zurückgegangen werden darf, deſſen Beſtimmungen nach dem Eingang zu Nr. 2 des Geſetzes ja gerade für alle Fälle aufgehoben werden ſollten, wo ſie nicht durch ausdrücklichen und beſtimmten Vertrag aufrecht erhalten worden waren.

Im Einklang damit ſteht auch die allgemeine Beſtimmung im L.R.S. 2 b., wornach künftige Folgen einer vergangenen Begebenheit, wozu ein früheres Geſetz das Recht gegeben hatte, durch ein ſpäteres Geſetz ohne Rückwirkung abgeändert werden können, wenn das letztere dem Fall vorausgeht, welcher die Folgen erzeugt. Dieſer Fall iſt hier die Aufhebung der ehelichen Gemeinſchaft, welcher der Einführung des Landrechts, beziehungsweiſe dem 1. Januar 1812 nachfolgte, weßhalb die durch dieſe Aufhebung erzeugten Folgen der ohne Vertrag geſchloſſenen Ehe nach dem Landrechte zu beurtheilen ſind, wenn auch aus dem früheren Rechte andere rechtliche Folgen abzuleiten geweſen

*) Die Anleitung hiezu gibt die Rechtsbelehrung vom 26. Februar 1812, Rgbltt. Nr. X., S. 57. — Man ſehe dagegen Archiv für die Rechtspflege und Geſetzgebung ꝛc. Bd. I. S. 419—427, wo gezeigt iſt, daß der Grund des Geſetzes (I. Einf.-Edict, Abſatz XII. 2) dieſer Rechtsbelehrung widerſpricht. D. R.

Digitized by Google

wären, falls dieſes bei Auflöſung der Ehegemeinſchaft noch beſtanden hätte.

Endlich gehört hierher die Rechtsbelehrung vom 21. Juli 1810 (Rgbltt. S. 253), welche von der Vorausſetzung eines ſtillſchweigenden Vertrags ausgehend, jedem Ehegatten geſtattet, dieſen durch einſeitige Erklärung bis zum 1. Januar 1812 feſtzuhalten, in Ermanglung einer ſolchen, als eines zweiſeitigen Vertrags, aber die Ehe nach dem Landrecht und der geſetzlichen Gemeinſchaft deſſelben beurtheilt wiſſen will“ ꝛc. ꝛc.

Im Weſentlichen nach denſelben Grundſätzen entſchied der I. Senat unterm 6. November 1843 in Sachen Gantert gegen Gantert, wo es ſich ebenfalls um das Einbringen der gemeinſchuldnerſchen Ehefrau handelte.

D. R.

IV.

Wird die Zuläſſigkeit der Appellation durch ein Verfallenerkenntniß ſelbſt dann ausgeſchloſſen, wenn das Urtheil noch nicht ordnungsmäßig verkündet war?

§§. 1201, 1203, 1214 der Proceßordnung.
Art. 10 der Proceßnovelle.

In Sachen des Georg R. gegen Ph. Z. erging am 25. Juni 1845 das Urtheil, durch welches Kläger zum Erfüllungseide zugelaſſen wurde.

Als jedoch dieſes Urtheil verkündet werden ſollte, ergab es ſich, daß der durch einen Anwalt vertretene Kläger inzwiſchen geſtorben war. Statt ſeiner erſchienen von ſeinen vier Erben nur zwei, welchen allein das Urtheil verkündet wurde.

Der klägeriſche Anwalt zeigte die Appellation an, es erfolgte jedoch am 8. September 1845 ein Verfallenerkenntniß, welches am 16. und 24 Januar 1846 ſämmtlichen Erben des Klägers behändigt wurde.

Unterdeſſen war in Gemäßheit des §. 608 Nr. 2 der Proceßordnung ein weiteres Erkenntniß ergangen, durch welches die Erben des Klägers (ſtatt ihres Erblaſſers) zum Erfüllungseide zugelaſſen wurden.

Gegen dieſes Erkenntniß appellirte der Beklagte. In der am 10. März 1846 eingekommenen Appellationsvernehmlaſſung führten nun die klägeriſchen Erben (als Coappellanten) die früher gegen das Urtheil vom 25. Juni 1845 angezeigte Appellation, welche am 8. September für verfallen erklärt ward, aus.

Die Zuläſſigkeit der Coappellation wurde aber von dem appellantiſchen Anwalte beanſtandet und hierauf der coappellantiſche in Gemäßheit des §. 1214 der Proceßordnung zur Nachweiſung derſelben vorgeladen.

Die von ihm gegen das Urtheil des Amtes Eberbach vom 25. Juni 1845 ausgeführte Coappellation wurde ſodann von dem Hofgerichte des Unterrheinkreiſes (II. Civ. senat) aus folgenden Gründen als unzuläſſig verworfen:

„Das Urtheil vom 25. Juni 1845 iſt zwar nicht ſämmtlichen Erben des Klägers verkündet, es hätte alſo gegen diejenigen derſelben, welchen das Urtheil noch nicht verkündet war, auch ein Verfallenerkenntniß nicht erlaſſen werden ſollen.

§§. 384 a., 1190, 1187, 1195, 1199, 1201 der Proceßordnung.

Nachdem aber demungeachtet ein ſolches Verſäumungserkenntniß gegen alle Appellanten erlaſſen und ihnen allen zugeſtellt worden war, hätten ſie daſſelbe dadurch beſeitigen ſollen, daß ſie entweder das angeblich Verſäumte nachholten und zugleich Wiederherſtellung nachſuchten oder (ſo weit ihnen das Urtheil noch nicht verkündet war) den Mangel der Vorausſetzungen eines Verſäumungserkenntniſſes im Weg der Appellation gegen daſſelbe nachwieſen;

Art. 10 der Proceßnovelle.

da ſie jedoch keines dieſer zur Beſeitigung des in die Mitte geſtellten Verfallenerkenntniſſes geeigneten Rechtsmittel ergriffen, vielmehr ſich bei demſelben beruhigt haben, ſo erſcheint die Aufſtellung und Einführung der (Coappellations-) Beſchwerden gegen das frühere Erkenntniß vom 25. Juni 1845 nach §. 1203 der Proceßordnung verſpätet; es mußte daher die Coappellation als unzuläſſig verworfen werden.

Stempf.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 27. Karlsruhe den 4. Juli 1846.

I.

Einiges zur Lehre von Verpfründungen und Vermögensübergaben

insbeſondere

iſt der Verpfründungs- und Vermögensübergabvertrag nach Einführung des Landrechts noch ein gerichtlicher Vertrag in der Art, daß zu ſeiner Form das obrigkeitliche Gutheißen nach vorheriger Prüfung bei Strafe der Nichtigkeit erforderlich iſt *), kann das Geſetz vom 25. Sept. 1807. Regierungsbl. Nr. 35 **) noch neben den Beſtimmungen des L.R.S. 1983 a. folg. vergl. mit L.R.S. 1100 aa. folg. beſtehen?

Bei flüchtigem Durchleſen des §. 18 des erſten E. E. möchte man geneigt ſein, dieſe Frage mit Hinblick auf die landrechtlichen Beſtimmungen ſogleich zu bejahen, da hienach

„jene Partikulargeſetze, deren Verfügung im Weſentlichen in das Landrecht übertragen iſt, fernerhin wo ſie nicht buchſtäblich geändert ſind, in bürgerlicher Hinſicht und noch mehr in Abſicht ihrer weiterer rechtspolizeilichen Fürſorge bei Kräften bleiben und als Erläuterung des Gebrauchs der dießfallſig kürzern im Landrechte ausgedrückten Sätze dienen“;

allein eine richtige Vergleichung des alten Geſetzes mit dem Landrechte wird ergeben:

I. daß letzteres ſowohl in bürgerlicher, als rechtspolizeilich fürſorglicher Beziehung eine buchſtäbliche und weſentliche Aenderung enthält; auch

II. nicht mehr als particularrechtliche Beſtimmung angeſehen und

III. ebendeßhalb erſteres nicht mehr als Erläuterung des letztern benützt werden darf, ſonach die Frage vielmehr verneinend beantwortet werden muß.

Vergleichen wir alſo

ad I.

1) Den §. 1 mit L.R.S. 1100 aa. mit Rückſicht auf älteres Recht, ſo entnehmen wir aus

Danz, t. Pr. Rt. V. §. 521

daß das dem Bauern an ſeinen Zinsgütern zuſtehende Erbrecht ihm auch die Befugniß gab, wenn er Alters oder Kränklichkeitshalber dem Gute nicht mehr vorſtehen konnte, ſolches einem ſeiner Kinder oder überhaupt dem Anerben zu übergeben und ſich auf den Altentheil zu ſetzen, welche ganze Handlung die Stelle der wirklichen Erbfolge vertrat. Dabei war aber der Anerbe an die Einwilligung der Gutsherrſchaft gebunden, weil die Anerben, nicht ſelten getrieben durch die Begierde, bald zu dem Beſitze des Guts zu gelangen, auch die läſtigſten Bedingungen eingingen, durch deren Erfüllung ſie früher oder ſpäter zu Grunde gerichtet und zur Leiſtung der dem Herrn ſchuldigen Dienſte untüchtig gemacht wurden. Ebenſo mußte dieſer Uebergabe richterliche Unterſuchung vorausgehen und wurde neben dieſen Beſchränkungen noch ein gewiſſes Alter feſtgeſetzt, vor deſſen Erreichung zu dem Altvaterrecht in der Regel nicht gegriffen werden durfte.“

Dieſe Sätze enthält nun auch das alte Geſetz in ſeiner

---

*) In einem Falle, welchen die oberhofgerichtl. Jahrbücher IX. S. 56 enthalten, kam zwar dieſe Frage zur Sprache aber nicht zur Entſcheidung. Doch ſcheint man in letzter Inſtanz angenommen zu haben, daß wenigſtens die Vorlage der Vertragsurkunde an die betreffende Polizeiobrigkeit erforderlich ſei. D. R.

**) Auch abgedruckt im Regierungsbl. v. 1808. Nr. X. S. 81 ff. D. R.

Digitized by Google

Einleitung und §. 1; nur ſpricht es nicht blos von Uebergabe eines Bauernguts an die Kinder oder Anerben und der grundherrlichen Einwilligung, ſondern von der Uebergabe des **Vermögens** überhaupt, weßhalb die Beſtimmung hinſichtlich der Anerben und jener Einwilligung wegfallen muß, und an der erſteren Stelle in §. 5 diejenigen treten, die **zuvor** ſchon ein Erbrecht haben und alſo nach des Uebergebenden Tod, ſei es kraft geſetzlicher Erbfolge oder mittelſt Erbvertrags oder aus eröffnetem oder uneröffnetem letzten Willen das Erbe bekommen würden, und an des Grundherrn Stelle der durch ſeine Polizeibehörde vertretene Staat.

Daher ſpricht auch §. 1 nur von Unfähigmachung zu eigener Beſtreitung der obliegenden Staatspflichten und Laſten — nicht der dem Grundherrn ſchuldigen Dienſte; zählt aber ſtatt zwei Fälle, wo wegen Alters von 63 Jahren oder Krankheit die V. U. *) erlaubt iſt, noch einen dritten auf: den der Dispenſation durch die Oberpolizeibehörde.

In ähnlicher Weiſe ſpricht der L.R.S. 1100 aa., wenn er ſagt: **Jedermann kann ſich zum Vortheile ſeiner Erben** ſchon bei Lebzeiten des Genuſſes des Vermögens begeben, ſoweit er ſich damit keiner Staatspflicht entzieht, und ſo könnte man mit

Trefurt, bad. C. R. S. 489.
Baurittel, Handb. S. 2779

glauben, gerade unter den letzten Worten „ſoweit ꝛc.“ ſeien die drei Fälle des alten Geſetzes zu verſtehen.

Allein wir ſehen eine weſentliche Abweichung, denn die jetzige Uebergabe geſchieht nur an die nächſten geſetzlichen, nicht Teſtamentserben, welche jetzt nach L.R.S. 1002 Vermächtnißnehmer ſind, und nicht an Vertragserben, weil Erbverträge jetzt unerlaubt ſind, und ſind die Worte „ſoweit ꝛc.“ nichts anders als die Worte des §. 1 „um derentwillen er ſchon früher ſeiner Staatspflicht nicht mehr genügen könnte“ alſo nur auf den zweiten Fall zu beziehen.

Das Geſetz vom 27. Juni 1808. Reggbl. 18 zählt die Erbhuldigungs-, Gerichts-, Dienſt- und **Steuer**pflicht als Staatspflichten auf, und verſtund der Geſetzgeber im Vergleiche mit §. 13] a. G. *) unter dieſem Nichtgenügeleiſten gewiß nichts anders, als: Niemand ſoll ſich von der letztgenannten Staatspflicht befreien können, er habe denn ein hohes Alter oder Leibes- (Gemüths) Gebrechlichkeiten, in welch letzterem Falle er nach §. 29 des G. vom 7. Juli 1808. Regierungsbl. 19 der Vermögensverwaltung nicht mehr genügend und in beiden Fällen nach §. 4 des Geſetzes vom 27. Seimptember gl. J. Reggbl. 30 von der proviſoriſch eingeführten Einkommensſteuer frei ſein ſoll. Natürlich iſt es, daß dann Anzeigen von dieſer ausnahmsweiſen Freiheit den betreffenden Behörden von dem Amte gemacht werden mußten.

Dieſe Beſtimmungen gingen, nach Aufhebung der bisherigen Steuerordnungen, auch in den §. 9 des G. vom 22. April 1815 Reggbl. 5 mit einigen Modificationen über und wurde insbeſondere in §. 19. die ausdrückliche Beſtimmung aufgenommen, „daß die **Uebergebenden** der Steuer der erſten Klaſſe mit 500 fl. unterworfen bleiben, ſo lange ſie nicht einen der in §. 9, 10 geb. G. bemerkten Befreiungs- oder Milderungsgründe für ſich anführen können.“ Vor vollendetem 65 — alſo nicht 63ten — Lebensjahre bleibt demnach der Uebergeber Perſonalſteuerpflichtig, bis er nur zu ⅓ — ⅔ **gemindert** verlangen kann, wenn er das in §. 23 der V. vom 1. November 1825. Reggbl. 26 vorgeſchriebene Verfahren einhält. Da hienach das Ab- und Zuſchreiben der Grund- und Häuſerſteuer erſt nach Vorlage des Vertrags von dem Uebergeber durch den Steuerperäquator zu veranlaſſen iſt, ſo wie das ganze oder theilweiſe Abſchreiben der Gewerbſteuer nach Vorlage der dort geforderten Zeugniſſe, ſo iſt ebendadurch auch die Verbindlichkeit der Unterpolizeibehörde zur Anzeige einer beſtätigten V. U. als aufgehoben zu betrachten, und bleibt der Uebergeber, ehe er vor dem Steuerperäquator zum Abſchreiben erſcheint, immer ſteuerpflichtig; denn übergibt er **nach** dem 65ſten Jahre, ſo iſt er durch Vorlage des Geburtszeugniſſes ſchon an und für ſich von Entrichtung der Perſonalſteuer frei; die übergebenen Güter müſſen aber nach wie vor Steuern entrichten, nur jetzt durch des Empfängers Hand. Uebergibt er **vor** dem 65ſten Jahre, jedoch mit Zeugniſſen über Kränklichkeit verſehen, ſo muß der Uebernehmer ebenfalls die Steuern von den Gütern entrichten, der Uebergeber iſt

*) Abgekürzt ſtatt: „Vermögens-Uebergabe.“ D. R.

*) Abgekürzt ſtatt: „Altes Geſetz.“ D. R.

nur theilweiſe von Entrichtung der Perſonalſteuer frei, was auch der Fall, wäre er im Beſitze des Gutes geblieben. Uebergibt er aber vor dem 65ſten Jahre jedoch nicht mit bezeugten Gebrechlichkeiten, ſo iſt er perſonal- der Empfänger grundſteuerpflichtig.

Wie nun Jemand durch V. U. ſich einer Staatspflicht entzieht, iſt nicht einzuſehen, weßhalb jene Beſtimmung als durch die neueren Geſetze aufgehoben, und daher Jedermann als übergabsbefugt zum Vortheil ſeiner Erben angeſehen werden muß, inſofern er überhaupt fähig iſt, über ſein Vermögen eine freigebige Verfügung unter Lebenden zu treffen.

2) Nach L.R.S. 1100 aa. iſt der Uebergeber des ganzen Vermögens an nichts weiter gebunden, als an den genauen beſtimmten Ausdruck der Vorſorge für ſeinen Unterhalt. In den Worten „zu einem der übernehmenden Erben" iſt aber nicht die Beſtimmung des §. 2 enthalten, daß die Uebergabe an einen Notherben geſchehen müſſe, oder aber andernfalls der Pflichtheil unbeſchwert gegen Verzinſung hinterlaſſen werden müſſe, und nur in dem bezeichneten Falle an einen Dritten geſchehen könne. Davon weiß unſer Landrecht nichts. Zwar wird danach jetzt gewöhnlich (bei der von Eltern an Kinder in Form einer Theilung erfolgenden) die Uebergabe an Pflichttheilsberechtigte (nicht Notherben) fallen, indem ſie nur an die nächſten geſetzlichen Erben geſchehen darf; allein der §. 2 muß doch als aufgehoben gelten, weil das Landrecht keine förmlich zu inſtituirende Notherben kennt und ganz abweichende Beſtimmungen enthält bezüglich des Pflichttheils, der zur Zeit der Uebergabe nicht beſtimmt berechnet werden könnte, theils weil noch Berechtigte entſtehen, theils als ſolche ihre Eigenſchaft verlieren können, und von demſelben erſt nach des Uebergebenden Tode, nicht bei deſſen Lebzeiten die Rede ſein darf.

Hat Jemand übergeben, ſo wird man wegen der Pflichttheilsberechtigten ſo unterſcheiden müſſen:

α. die gänzliche Uebergabe iſt nutznießlich geſchehen; dann kann von dieſer nicht eher eine Minderung des übergebenen Vermögens verlangt werden als im Falle des L.R.S. 1100 ce. wenn durch die erfolgende endgiltige Erbtheilung oder Einweiſung ſie als verkürzt erſcheinen, weil vor dem Tode des übergebenden, der bis dahin nach 1100 cd. noch immer ändernde Verfügungen treffen darf, eine ſtattgehabte Verkürzung nicht in Gewißheit geſetzt werden kann,

β. ſie geſchah eigenthümlich oder nutznießlich, jedoch widerruflich. Widerruft der Uebergeber, ſo wird bei dem ex tunc erfolgenden Rückfall von einer Pflichttheilsverletzung nicht wohl die Rede ſein, weil das alte Vermögensverhältniß wiederhergeſtellt wird.

Widerruft er nicht, dann gilt wegen der nutznießlichen Uebergabe das ad α. Geſagte und bezüglich der andern, was

γ. hinſichtlich der unwiderruflichen, die nicht in Geſtalt eines Leibrenten — oder V. V. *) erfolgte. Hier wird arg. L.R.S. 1100 ce. erſt nach dem Tode des Uebergebers der verkürzte Pflichtheilserbe zur Minderung berechtigt, weil der Pflichttheil als ein nicht zu beſchwerender Theil des Nachlaſſes, alſo erſt mit des Uebergebenden Tod eröffnet und berechenbar erſcheint.

Freilich wird der Pflichterbe unterdeſſen gleich nach erfolgter Uebergabe zur Anwendung der ihm nach L.R.S. 1180 gegebenen mesures conservatoires berechtigt ſein,

δ. ſie erfolgte in Form eines Leibrentenvertrags, nach L.R.S. 1100 bc. dann hat ſie die Geſtalt eines ſynallagmatiſchen Vertrags, der dem Minderungsrecht unterworfen iſt,

L.R.S. 1970 vergl. mit Zachariä IV. §. 702. S. 317.

ε. oder in Form eines V. V.; dann wird arg. L.R.S. 918 nur die an Erben in gerader Linie geſchehene Verpfründung als Schenkung betrachtet, dieſe alſo nach γ. jede andere aber nach δ. zu behandeln ſein.

(Wenn in Annalen v. J. 1835. Nr. 31. S. 188 ſteht: endlich kommt noch §. 8 hier anzuwenden hilfsweiſe, weil dieſes immer der Fall, inſoweit die alte Verordnung durch das Landrecht ſelbſt nicht abgeändert wurde, ſo wird dort vor Allem die Prüfung der Frage vergeſſen: iſt dieſer Grundſatz auch wirklich baſirt?

Zudem iſt dort nicht ein reiner V. V. vorhanden, ſondern damit ein Leibrentenvertrag verbunden, indem nicht nur eine Pfründe, ſondern die monatliche Verabreichung von 8 Gulden Geld bedungen wurde, ſo daß alſo nicht bloß die Analogie — wie es in Nr. 6 jener Gründe heißt — ſondern die in L.R.S. 1969, 1970 deutlich ausgeſprochene Lehre des Leibrentenvertrags ſelbſt es iſt, die hier zur Anwendung kommen muß, alſo wie ad δ. ge-

*) Abgekürzt ſtatt: „Verpfründungs-Vertrag." D. R.

Digitized by Google

zeigt, deßhalb die Minderungsbefugniß dem Aſcendenten abgeſprochen werden mußte.

3) Die Beſtimmung des §. 3 iſt durch L.R.S. 960 und 1100 bc. aufgehoben, indem jetzt nicht jede Abgabe eines Vermögens, ſondern nur eine den Character einer Schenkung an ſich tragende per subsex. liber. aufgelöst wird, und §. 3 nicht unterſcheidet, ob die Uebergabe widerruflich oder unwiderruflich, während 1100 bc. nur bei der letztern jene Beſtimmung gelten läßt.

4) L.R.S. 1100 ab. iſt an die Stelle des §. 4 getreten und wird unten erörtert. (vergl. 10 und S. 28.)

5) Der §. 5 iſt theilweiſe in L.R.S. 1100 aa. ac. enthalten, dagegen, wie oben ad 1 gezeigt, nach dem Geiſt unſeres Landrechts aufgehoben, indem dieſem die Erbverträge fremd ſind (L.R.S. 791. 1130), was hinſichtlich der Lehre von Verträgen und Erbtheilungen ganz neu iſt.

6) §. 6 und 7 iſt in L.R.S. 1100 ad. ba. bb. ca. cc. enthalten, jedoch mit der weſentlichen Abänderung, daß, während §. 7 die Widerruflichkeit der Uebergabe geſetzlich praesumirt, 1100 bb. das Gegentheil enthält.

Ob auch jetzt noch die Polizeibehörde für die unzweideutige Faſſung eines dieſer Verhältniſſe zu ſorgen hat, iſt nach 1100 bd. be. zu verneinen; denn hier iſt klar ausgedrückt, was bei einer zweifelhaften Uebergabe Rechtens ſein ſoll. Dieſe käme aber nicht vor, wenn die Polizei für die Unzweideutigkeit zu ſorgen und nicht vorher zu beſtätigen hätte. Zudem ſchließen die Sätze 1100 ac. ba. durch die Worte: wer ſein Vermögen abgibt, muß dabei beſtimmt ausdrücken," „wer übergibt" jede dritte Mitwirkung als geſetzlich vorgeſchrieben aus.

7) Die Beſtimmung des §. 8 iſt in 1100 ac. be. enthalten, dagegen muß

8) §. 9 als aufgehoben gelten, da an deſſen Stelle 1100 ac. ba. be. getreten.

Hiernach muß die Vorſorge für den Unterhalt vom Uebergeber beſtimmt ausgedrückt werden, daher kann auch, weil dieſe Beſtimmung nicht unterbleiben darf, die Dazwiſchenkunft der Polizei nicht eintreten.

Leiſtet der Uebernehmer dieſen Unterhalt nicht, ſo ſteht dem Uebergeber im Falle des L.R.S. 1100 ba. entweder nach L.R.S. 954 die Befugniß zur Klage auf Auflöſung ob non impletum modum (ex tunc) oder nach 1184 auf Vollzug des Vertrags zu, und es kann in dieſem Falle von einer Ueberwälzung der Ernährungslaſt an den Staat, im Falle das Vermögen durch den Unterhalt ohne des Beſitzers Verſchulden erweislich aufgezehrt wurde, nicht die Rede ſein, weil der Erbe, falls er Vermögen hat, in alle Rechte und Pflichten eines Geſchenknehmers tritt, demnach in die Pflicht der Dankbarkeit, worunter die Reichung des Unterhalts 954, 955. Im Falle des 1100 be. ſteht aber dem Uebergeber entweder 1184 oder aber 1978 zur Seite.

9) Auch §. 10 iſt durch 1100 ac. aufgehoben, indem hier geradezu geſagt iſt, wer abgibt, muß beſtimmt ausdrücken, nicht aber „die Rechtspolizei muß gleich bei der Vertragsbeſtätigung dafür ſorgen" und je nach Umſtänden, aufgeführt in 1100 bd. be., iſt bald für den Abgeber, bald für den Uebernehmer zu ſprechen, nicht aber wie im §. 10 „im Zweifel unbedingt für erſteren." Was nun

10) die Beſtimmung des §. 11, 12, 13 anbelangt, ſo iſt in 1100 ab. ganz deutlich ausgeſprochen, daß dieſe Ueberlaſſungen in jedem Falle an die oben im 4. Kap. 1. Abſatz von der Form der Schenkungen vorgeſchriebenen Regeln gebunden ſind, daß mithin kein Fall ausgeſchloſſen iſt. Hätte nun der Geſetzgeber noch die Beibehaltung jener §§. gewünſcht, ſo hätte er ſicherlich geſagt: nicht nur die oben vorgeſchriebenen Regeln, ſondern auch die in den genannten §§. ſollen maaßgebend ſein; allein durch dieſe buchſtäbliche Aenderung hat er gewiß auch die dort bezeichneten Formen abgeändert wiſſen wollen, ſo daß an deren Stelle die L.R.S. 931 folg. (z. B. bezüglich der Minderjährigen im §. 12 L.R.S. 935, an die Stelle des §. 13 L.R.S. 939 a) getreten ſind, worin nirgends von einer polizeilichen Beſtätigung des vorzulegenden Aktes nach vorhergegangener Prüfung der in §. 12 gedachten Eigenſchaften die Rede iſt, ja nicht einmal im Falle des L.R.S. 943; um wie viel weniger alſo hier bei belaſtenden Schenkungen, als was doch V. U. gewiß zu betrachten ſind. Ja man muß behaupten, daß im Falle des L.R.S. 1100 be. nicht einmal die in L.R.S. 931 angegebenen Formalitäten zu beobachten ſind, wie aus Zachariä §. 702. Text zu Note zwei erhellen dürfte.

11) Die Beſtimmungen der §. 14 — 20 ſind durch die des Titels über die Eigenthums- und nutznießlichen Uebergaben weſentlich und buchſtäblich geändert, denn

a. nach §. 14 bildet die nutznießliche Uebergabe die

Digitized by Google

Regel während nach 1100 ad. dieſe ſo wie die eigenthümliche in die Wahl des Uebergebenden geſtellt iſt,

b. die Beſtimmungen hinſichtlich der Pflichterben und deren Minderungsbefugniß, der Erbtheilung ſind ganz neu und dem §. 14 fremd.

§. 15 dagegen iſt in L.R.S. 980 b. und §. 16 in 1100 cg. enthalten.

c. §. 17 erklärt: daß alle Laſten, die das Vermögen mittelbar oder unmittelbar betreffen, ſo wie alle dergleichen Klagen von demjenigen getragen reſp. übernommen werden müſſen und geführt werden können, der nutznießlich in daſſelbe getreten iſt.

Dieſe Beſtimmung ging, wie wir aus Danz l. c. S. 315 ſehen, in unſer altes Geſetz über, weil man dieſe V. U. als einen mit einer Leibzucht verbundenen Erbvertrag betrachtete und dabei hinſichtlich des Uebernehmers obiger Satz galt (vergl. ib. Nr. 1) der indeß durch 1100 cb. aufgehoben iſt, da nach L.R.S. 608, 609 der Nutznießer während ſeines Genuſſes nur die Steuern und Abgaben zu entrichten hat, die als Laſten des Ertrags, nicht aber jene, welche als dem Eigenthume ſelbſt auferlegt zu betrachten ſind — folgeweiſe noch weniger jene, welche als perſönliche Schulden des Eigenthümers in Betracht kommen.

Ebenſo hat der Nutznießer nur die Koſten und Folgen ſolcher Proceſſe mit Dritten zu tragen, welche den Genuß betreffen; Eigenthumsbeeinträchtigungen hat er nur anzuzeigen, iſt aber nicht verpflichtet, ſondern nur berechtigt, deßhalb Klagen zu erheben.

Nach Aufhebung dieſes §. 17 der nur für nutznießliche nicht für Eigenthums-Uebergaben gegolten, iſt es deßhalb gewiß nicht zu billigen, wenn man mit

Stabel, Vorträge über das franz. und bad. Civilrecht ꝛc. von 1843. S. 135.

die Frage: ob nach unſerem Landrechte der Schenknehmer auch die perſönlichen Schulden des Gebers zu tragen habe? aus dieſem Paragraphen beantworten will. Vielmehr wird man ſo unterſcheiden müſſen:

αα. die Uebergabe geſchieht nutznießlich, jedoch nur mit einer Belaſtung der Nutznießung bis zu ²/₃, dann finden die oben genannten Sätze ihre Anwendung bezüglich des B. V. und V. U. und im Falle die Uebergabe in fraud. cred. abgeſchloſſen, L.R.S. 1167.

ββ. oder in gleichem Maaße zu Eigenthum unwiderruflich und nicht in Form eines V. V.

Nach Anſicht des L.R.S. 1100 ba. möchte man glauben, es falle hier die Erörterung der in

Zachariä IV. §. 706.

durchgeführten Controverſe bezüglich der Pflichten des Geſchenknehmers nothwendig, und müſſe man ſich für die Nichthaftbarkeit des Uebernehmers wegen der perſönlichen Schulden des Uebergebers erklären; allein ich glaube die Sache von einem andern Geſichtspunkte aus betrachten zu müſſen:

Nach L.R.S. 894 iſt der Schenkungsvertrag ein in einer beſtimmten Form abzuſchließender, wodurch der Schenkgeber ſich wirklich und unwideruflich zum Vortheil eines Andern einer Sache begibt, der ſie unentgeltlich annimmt, es iſt nach 1105 ein Freigebikeitsvertrag; während die V. U. ein in der Form einer Schenkung eingekleideter Vertrag iſt, wodurch der Uebergeber ſich wirklich und unwiderruflich — jedoch nach Belieben widerruflich — nicht bloß einer einzelnen Sache, ſondern ſeines ganzen Vermögens, oder einer *pars quota* zum Vortheil ſeiner Erben — nicht eines beliebigen Dritten — begibt, der es annimmt und zwar iſt es ganz übergeben; nicht unentgeltlich, ſondern ſtets mit der in 1100 ac. angegebenen Laſt, und iſt es theilweiſe, entweder unentgeltlich oder mit einer Belaſtung bis zu ²/₃. Im erſten und letzten Falle wäre ein belaſteter, im mittleren Falle ein Freigebigkeitsvertrag vorhanden; allein die Stellung der Lehre — welche unmittelbar auf den von dem über Schenkungen enthaltenen allgemeinen Beſtimmungen abweichenden VIII. und IX. Titel folgt — ſo wie L.R.S. 1100 ab. — deutet darauf hin, daß mit dieſem Titel Beſonderes verfügt wurde und werden wollte.

Nach L.R.S. 724 iſt nämlich die Saisine mit der Verbindlichkeit der Tilgung aller Schulden der Erbſchaft erſt nach dem Tode des Erlaſſers vorhanden, mithin nach dem in

Zachariä §. 576. Nr. 3.

entwickelten Grundſatze der weſentlichen Unveräußerlichkeit des Vermögens reſp. der Perſönlichkeit nur bei einem Nachlaſſe allgemeine Rechtsnachfolge Regel. Sagt nun 1100 aa. geradezu: jedermann kann ſich ſeines Vermögens bei Lebzeiten begeben, ſo will gewiß das

Digitized by Google

Geſetz eine Ausnahme von jenem Grundſatze, (wie in 1084, 1093) ſtatuiren und überdieß ſagen: wie der Erbe nach dem Tode des Erblaſſers durch die Erbantretung den Gläubigern gegenüber zur Zahlung der perſönlichen Schulden des Erblaſſers verpflichtet iſt, quasi contraxisset, ſo wird er es jetzt durch den Vertrag ſelbſt — ex contractu, der ja nach 1100 ca. nichts anderes iſt als eine endgiltige Erbeinweiſung oder Erbtheilung, verbunden mit der Schenkung des Genuſſes ſowohl als des Eigenthums des Erbes, ſo daß der Uebernehmer nicht blos die Pflichten eines Nutznießers und Eigenthümers, ſondern ſogar eines Erben — alſo nicht eines bloßen Geſchenknehmers — übernehmen muß.

Nun aber hat nach L.R.S. 870, 802, 724, 883. 1085. dieſe Theilung oder Erbeinweiſung ganz dieſelben Folgen wie die geſetzliche Erbtheilung. Der Erbe wird alſo Eigenthümer des Erbes nach dem erhaltenen Antheile und haftet ebenſo für alle Schulden des übergebenen Vermögens, jedoch falls er bei der Uebergabe ein getreues Vermögensverzeichniß hat aufnehmen laſſen, nur nach Maaßgabe des L.R.S. 802; wenn er aber ſolches unterlaſſen hat, ſelbſt ultra vires patrimonii traditi. arg. L.R.S. 783.

Man könnte zwar einwenden: 1) dieſem Argumente ſtehen entgegen die Worte des 1100 ba. „ſetzt den Erben in die Pflichten des Geſchenknehmers", allein ſie ſind, wie man im Vergleiche mit der Faſſung des 1100 be „da iſt das Verhältniß des Gebers und Empfängers zu ermeſſen" ſieht, nur bezüglich des Verhältniſſes des Uebergebers und Uebernehmers unter ſich zu verſtehen (vergl. oben 8 und 12) Dritten gegenüber aber iſt letzterer Erbe;

2) es bedürfe unſerer obigen Interpretation gar nicht, indem arg. L.R.S. 1983 e. das nämliche Reſultat heraus komme.

Seie nämlich ſchon derjenige, welcher mit einer Belaſtung über ²/₃ übernommen hat, zur Zahlung der Schulden in bezeichneter Weiſe verbunden, um wie viel mehr der Uebernehmer mit einer geringeren oder gar keiner Belaſtung; das Princip müſſe das gleiche bleiben, ob die Veräußerung auf einem freigebigen oder belaſteten Titel beruhe.

Allein dagegen ſpricht L.R.S. 1107, da 1983 e gewiß als eine dem V. V. eigene Regel betrachtet werden muß, indem er nicht als bloßer ſynallagmatiſcher, ſondern als ein reiner Glücksvertrag im Sine des L.R.S. 1104 gilt, wornach die Ausſicht auf Gewinn und Verluſt für beide Theile gleich iſt, und der Pfründgeber ſeinen Gegenwerth in der Wagniß eines Gewinns oder Verluſts finden muß mit Zurechnung der Schulden des Pfründnehmers.

Hätte aber der Geſetzgeber für den V. V. in Geſtalt eines Erbkaufs oder einer V. U. nicht eigene Beſtimmungen treffen wollen, ſo hätte er in 1983 b. nicht geſagt: jeder dieſer Fälle wird in allem, worüber die nachſtehende Sätze nicht Maaß geben, nach der Natur des Vertrags beurtheilt, deſſen Geſtalt er trägt; vielmehr hätte er, wenn er dieſes Princip auch wegen der V. U. anerkannt hätte, ſagen müſſen:, was den in Geſtalt einer V. U. abgeſchloſſenen V. V. anbelangt, ſo hat es bezüglich der Zahlung der Schulden bei den von der V. U. geltenden Regeln ſein Bewenden.

Eine analogiſche Interpretation hier eintreten zu laſſen, wäre alſo nicht zu billigen, ſo wenig als wenn man z. B. die Lehre des L. R. S. 1674 folg. auf die ſ. g. ventes aléatoires anwenden wollte

vergl. Aubry zu Zachariä II. S. 546. Note 6 und 7 und L.R.S. 1983 f.

Ueberdieß kennt außer dem L.R.S. 1983 e. nur 2022, 2170, 2206 die Vorausklage als beneficium; beneficia ſind aber strictissimae interpretationis nec extensivae.

Hienach muß man die Verbindlichkeit des Uebernehmers zur Schuldenzahlung aus obigem Geſichtspunkte herleiten und dabei die Rückſicht vorwalten laſſen, daß der Erbe durch dieſe Zuwendung bei Lebzeiten gewiß keinen größeren Vortheil haben ſoll bezüglich der Gläubiger ſeines Erblaſſers als nach dem Tode; ſonſt könnte jeder Schuldenbelaſtete ſich ſeines Vermögens begeben, und ſo von ſeinen Schulden befreit, der Gläubiger ſtets hintergangen werden, wodurch das Geſetz den Betrug privilegirte, während es ja dem Grundſatze huldigt: natura aequum, neminem cum alterius detrimento locupletiorem fieri.

Erlangt alſo der Erbe nach 1100 aa. einen Vortheil, ſo darf dieſes nur geſchehen sine alterius detrimento auf die bezeichnete Weiſe.

77. Die Uebergabe geſchieht in Form eines V. V., dann treten die Beſtimmungen des 1983 e. ein, wenn nicht ein Pfründkauf oder Tauſch im Sinne des 1983 b. geſchloſſen

Digitized by Google

iſt, wo der Uebernehmer als successor singularis für die perſönlichen Schulden des Gebers nicht haftet

Zachariä I. §. 181.

dd. in Form eines Leibrentenvertrags nach 1100 bc. dann entſcheidet die Lehre von der vorgenannten successio singularis, weil hier die Uebernahme die Vergütung einer in Geld oder Gut entrichteten Gegengabe iſt, und dieſe V.U. keine im Sinne des 1100 aa. zum Vortheil des Erben abgeſchloſſene iſt, der hier ebenſogut verlieren als gewinnen kann, und dadurch einen synallagmatisch-aleatorischen Vertrag eingeht, worauf die Lehre von der Erbſchaft keine Anwendung findet

Zachariä §. 702.

d. über die letzten Worte des §. 17. „nur jene Forderung ꝛc." vergl. Zachariä IV, S. 93.

§. 18 iſt in 1077 enthalten; dagegen

e. §. 19 durch 1100 ba. bc. aufgehoben, indem die Sätze bezüglich des Schenkungs-Leibrenten- und V.V. — (vergl. unten) — in unſerem Landrecht ganz neu ſind, und der erſte Satz ausdrücklich ſagt: der Eigenthumsübernehmer iſt Geſchenknehmer, inſoweit ſeine Rechte und Pflichten in dieſem Abſchnitte nicht namentlich geändert ſind, zu welchen Aenderungen 1100 bb. bc. gezählt werden müſſen.

12) Ebenſo iſt §. 20 durch 932, 938 als aufgehoben zu betrachten, demnach nimmt ſchon durch die Uebereinſtimmung des Gebers und Nehmers die Rechtsverbindlichkeit ihren Anfang (1100 ba.), ſo daß der Uebernehmer das Recht hat auf Erfüllung des Vertrags zu klagen,

vergl. Zachariä IV. §. 705.

ohne daß es der in gedachtem Paragraphen angeführten polizeilichen Mitwirkung bedürfte (vgl. unten)

Vergleichen wir nun die Beſtimmungen hinſichtlich des V. V. und zwar

13) den §. 21 und 30 mit 1983 a. c. ſo finden wir, daß bezüglich des Weſens des Vertrags beide Begriffe übereinſtimmen und auch jetzt keine Verhältnißmäßigkeit beider Leiſtungen erforderlich iſt, wie aus 1983 f. verglichen mit 1100 ba. bc. erhellen dürfte.

Die Worte des §. 21 „es iſt hiebei durchaus gleichgiltig, ob der Empfänger geſetzlicher oder ernannter Erbe des Verpfründeten oder ein ganz Fremder ſei", welche zum Unterſchiede der in §. 5 und 8 bezeichneten V. U. daſtehen, ſind deßhalb nicht in das Landrecht übergegangen, weil bei einem in Geſtalt einer V. U. abgeſchloſſenen V. V. der Empfänger keine andere Perſon ſein darf, als ein geſetzlicher, alſo kein ernannter Erbe (1983 h vergl. mit L.R.S. 1100 aa. ba.) und außer dieſem Falle jeder andere einen ſolchen Vertrag eingehen darf — L.R.S. 1124 folg. und oben Nr. 1.

14) Während §. 22 ſagt: der V. V. kann nie wegen einer Verletzung über ½ oder ⅓, ſondern nur aus ſolchen innern Mängeln gerichtlich angefochten werden, welche jeden Vertrag ohne Unterſchied oder doch einen belaſtenden Schenkungsvertrag insbeſondere vernichten," ſagt 1983 folg. kein V. V. kann wegen irgend einer Verkürzung umgeſtoßen werden, wo nicht etwa den Pfründgeber das benef. minoris dazu berechtigt. Hierin liegt doch eine augenſcheinliche neue Beſtimmung!

Daß er aber aus ſolchen innern Mängeln, welche jeden Vertrag ohne Unterſchied vernichten, angefochten werden könne, wäre nach Abſicht des L.R.S. 1108 folg. eine überflüſſige Wiederholung; daß er — wenn nicht in Form einer V. U. nach 1100 ba. ca. abgeſchloſſen — nicht als belaſtender Schenkungsvertrag betrachtet werden dürfe, erklärt ſich nach deſſen jetziger Stellung im Landrecht „von den Glücksverträgen" wenn man noch in Verbindung bringt das ad 11. c. 77. 2 Angeführte und 1983 b.

Im Uebrigen finden ſich die Beſtimmungen dieſes Paragraphen wörtlich in 1983 i. (Schluß folgt.)

II.

Zur Erläuterung des §. 42 der Proceßordnung.

Gottſtein gegen Greiner.

Am 8. März 1843 war zwiſchen den Theilen ein Vertrag zu Stand gekommen, wodurch ſich Gottſtein verbindlich machte, in einer gewiſſen Zeit 200 Sägbäume an Greiner zu liefern, für welche dieſer die Summe von 1524 fl. zu zahlen verſprochen hat.

Im Auguſt 1843 begehrte jedoch Greiner in einer bei dem Bezirksamte Säckingen eingereichten Klage die Auflöſung des Vertrags nebſt Entſchädigung wegen Nichterfüllung von Seiten ſeines Contrahenten. Das hierauf erlaſſene Ladungserkenntniß wurde dem Beklagten am 30. Auguſt zugeſtellt.

Am 27. Oktober 1843 lief ſodann eine Klage des Gottſtein bei dem Bezirksamte Schopfheim ein,

Digitized by Google

welche auf Erfüllung des nämlichen Vertrags gegen Greiner gerichtet war.

Jedes der beiden Untergerichte iſt — beiläufig bemerkt — für die bei ihm angebrachte Klage an und für ſich zuſtändig. Es entſtand aber die Frage: ob nicht Säckingen durch ſein Ladungserkenntniß auch für die in Schopfheim angeſtellte Klage competent geworden ſei? Greiner ſetzte nämlich der Erfüllungsklage die Einrede der Litispendenz zu Säckingen entgegen und bat das Amt Schopfheim, den Gottſtein dorthin zu verweiſen. Von da an tritt die Auflöſungsklage in den Hintergrund, indem einſtweilen nur über die von Greiner vorgeſchützte Einrede verhandelt und entſchieden wurde. Das Amt Schopheim hielt dieſe Einrede, obgleich die eine Klage die Auflöſung und die andere die Erfüllung des Vertrags bezwecke, in Anbetracht, daß es ſich eben immer nur um den nämlichen Vertrag und um die Frage handle, ob er aufrecht erhalten oder aufgelöst werden ſoll? für begründet und wies die Erfüllungsklage als dahier nicht ſtattfindend durch Beſcheid vom 10. Juni 1844 ab. — Im Wege der hiergegen von Gottſtein eingewandten Appellation gelangte die Sache an das Großh. Hofgericht des O.R.K., welches in der gedachten Einrede nicht die der Rechtshängigkeit, ſondern jene der Prävention (nach §. 42 und 257 der Proceßordnung) erblickte, dieſelbe aber nicht begründet fand und daher durch Urtheil v. 13. März 1845 abändernd erkannte:

„Es ſei die vom Beklagten vorgeſchützte proceßhindernde Einrede der Unzuſtändigkeit des Gerichts wegen Prävention als unbegründet zu verwerfen; es finde daher die erhobene Klage bei dem B. Amte Schopfheim ſtatt, jedoch ſei die weitere Verhandlung hierüber bis zur rechtskräftigen Entſcheidung über die bei dem B. Amte Säckingen anhängige Klage wegen Auflöſung des Vertrags v. 8. März 1843 auszuſetzen ꝛc.“

Dieſes Urtheil erhielt auf die Oberappellation des Greiner unterm 19. Juni 1846 die oberhofgerichtliche Beſtätigung.

Beide Gerichtshöfe gingen im Weſentlichen von gleichen Anſichten aus. Man ſah die fragliche Einrede nicht im Sinne des §. 42, wornach das zuerſt mit der Auflöſungsklage angegangene Gericht auch für die Erfüllungsklage ausſchließlich competent wäre, ſondern nur in ſo weit als begründet an, daß über die erſte rechtskräftig entſchieden ſein muß, bevor die Verhandlung über die andere fortgeſetzt werden kann, damit nicht über daſſelbe Rechtsverhältniß bei zwei verſchiedenen Gerichten widerſprechende oder zwecloſe Urtheile ergehen. Denn geſetzt, es würde der Vertrag aufgelößt, ſo könnte von Erfüllung deſſelben keine Rede mehr ſein; oder es würde auf Erfüllung erkannt, ſo wäre dadurch die Auflöſung nothwendig ausgeſchloſſen. Wenn alſo jedes der beiden Untergerichte nach dem Klagbegehren entſchiede, ſo könnte keines dieſer Urtheile zum Vollzug kommen, weil ſich dieſelben wechſelſeitig aufheben. Würden hingegen beide Klagen abgewieſen, dann wäre in der Sache ſelbſt nichts entſchieden, die Parteien ſtünden wieder auf demſelben Punkte, wie vor dem Beginn der Proceſſe; denn die Abweiſung der Auflöſungsklage verpflichtet den Kläger nicht zur Erfüllung des Vertrags und die Verwerfung der Erfüllungsklage bringt nicht zugleich die Auflöſung des Vertrages mit ſich. L.R.S. 1351.

Iſt aber der Vertrag rechtskräftig aufgelöst, ſo wird die Verhandlung und Entſcheidung auf die Vollzugsklage überflüſſig und zwecklos. Es iſt ſomit die Gottſteinſche Klage von Entſcheidung der Greinerſchen Klage abhängig, weil jene erſt praktiſch wird, wenn dieſe hinwegfällt. Hätte Gottſtein, wie es ihm nach den §§. 24 und 313 der Proceßordnung frei ſtand, die Erfüllung im Weg der Widerklage bei dem Amte Säckingen begehrt, ſo wäre dieſes Untergericht in die Lage gekommen, die Verhandlung hierüber zufolge §. 319 der Proceßordnung bis zur rechtskräftigen Entſcheidung der Greinerſchen Vorklage ausſetzen zu müſſen. Es konnte daher keinem Anſtande unterliegen, dieſe Geſetzesſtelle auf die zu Schopfheim angebrachte Erfüllungsklage analog anzuwenden, beziehungsweis nach §. 360 auszuſprechen, dieſe Klage finde noch zur Zeit nicht ſtatt. Vergl. Stabel, Vorträge über den bürgerlichen Proceß. §. 22. Nur wenn es ſich z. B. um eine Theilungs- oder Gränzberichtigungsklage gehandelt hätte, würde der §. 42 der P. O., welcher, wie aus §. 257 Abſ. 1 noch deutlicher erhellt, die ſ. g. judicia mixta oder duplicia im Auge hat, zur Anwendung gekommen, d. h. es würde das von dem einen Miteigentümer oder Nachbarn zuerſt angegangene Gericht auch für die den nämlichen Zweck verfolgende Klage des andern zuſtändig geworden ſein. Daraus ergibt ſich, daß der vorliegende Fall nicht unter den §. 42 ſubſumirt werden konnte.

Die obergerichtliche Entſcheidung hat zugleich den Vortheil, daß die unterliegende Partei mit unnöthigen Koſten, welche durch die neben einander laufende Verhandlung über beide Klagen nothwendig entſtehen müßten, verſchont wird. D. R.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 28. Karlsruhe den 11. Juli 1846.

I.

Einiges zur Lehre von Verpfründungen und Vermögensübergaben

insbeſondere

iſt der Verpfründungs- und Vermögensübergabvertrag nach Einführung des Landrechts noch ein gerichtlicher Vertrag in der Art, daß zu ſeiner Form das obrigkeitliche Gutheißen nach vorheriger Prüfung bei Strafe der Nichtigkeit erforderlich iſt, kann das Geſetz vom 25. Sept. 1807. Regierungsbl. Nr. 35 noch neben den Beſtimmungen des L.R.S. 1983 a. folg. vergl. mit L.R.S. 1100 aa. folg. beſtehen?

(Schluß).

15) Statt des Satzes §. 23: „jeder V.V., er ſei noch ſo unbedingt und feſt abgeſchloſſen, kann von der Unterpolizeibehörde wieder aufgelöſt werden, wenn ſolche Widrigkeiten zwiſchen dem Pfründgeber und Nehmer ſich ergeben, aus welchen öffentliche Unannehmlichkeiten hervorgehen, die nach fruchtlos verſuchten Beſeitigungswegen anders nicht zu heben ſind. Gegen ein ſolches aufhebendes Polizeiermeſſen mag zwar in geeigneten Fällen wohl ein Recurs an die Oberpolizeibehörde Platz greifen, aber nie kann dagegen der eine oder andere Theil ein wohlerworbenes Recht anziehen und richterliche Einſchreitung anrufen" — ſteht in 1983 i.: „jeder V.V. kann nach vergeblichen Vereinigungsverſuchen wegen Unverträglichkeit des Pfründgebers und Nehmers auf Begehren eines oder des andern Theils nach Vernehmung des Kronanwalts aufgehoben werden." — Die neue Beſtimmung erfordert alſo zur Auflöſungsmöglichkeit eine Unverträglichkeit, nicht erſt Widrigkeiten bezeichneter Art und es frägt ſich: ob hiezu ſetzt noch die Polizeibehörde oder aber der bürgerliche Richter befugt iſt? Während ſonſt überall ſowohl in der Lehre von den V. U. als V. V. des Kronanwalts nicht erwähnt wird, ſehen wir plötzlich ihn bei der Auflöſung des V. V. mitwirken.

Greift man nun nach den Beſtimmungen v. 20. Mai 1809 hinſichtlich der Kronanwaltſchaften, ſo finden wir, daß der Kronanwalt nach III. A. γ. und B. c. α. ib. immer nur neben dem Richter erſcheint und ihm daher zur Pflicht gemacht iſt, mit dem Sinne der bürgerlichen Rechtsgeſetzgebung ſich vertraut zu machen und wo das Landrecht ſeine Vernehmung fordert, unaufgehalten dem Richter dasjenige vorzutragen, was ſeiner Einſicht nach der Sinn und Zweck der Geſetze für den befragten Fall fordert. Wenn nun auch nach §. 4 II. E. E. die Beſtellung der Kronanwälte noch einſtweilen ſuſpendirt iſt, ſo hat dieſes auf unſern Fall keine Bedeutung, indem nach II. a. ib. ſetzt der Unterrichter qua bürgerlicher Beamter das Intereſſe des Pfründnehmers oder Gebers Namens des Kronanwalts von Amtswegen berückſichtigen und dieſe Berückſichtigung hinter den Entſcheidungsgründen aufzeichnen ſoll. Dieſe Auflöſung geſchieht demnach kraft eines vom Civilrichter ergangenen, deßhalb in Rechtskraft übergehenden Urtheils, während der Recurs des §. 23. keine Rechtskraft beſchritt, und nur gegen ein ſ. g. Polizeiermeſſen gerichtet war; m. a. W. ſetzt findet nur eine gerichtliche, nicht aber eine polizeiliche Aufhebung des V. V. ſtatt;

(dagegen Annalen IV. 285)

Digitized by Google

weil, wie wir unter Satz 31 ſehen werden, der Kronanwalt die Function der Polizei für dieſen Fall erhielt, und mit dem Civilrechter in einer Perſon vereinigt iſt.

16) Den §. 24 mit 1983 g. vergleichend, finden wir, daß jetzt wegen Wankelmuths oder Reue keine Parthie mehr die Auflöſung des V. V. verlangen kann, da kein V. V. widerruflich eingegangen werden kann und 1983 l nur eine ſolche wegen Unverträglichkeit kennt; es iſt ſomit die Beſtimmung bezüglich des Widerrufs wegen Reue und deren Erklärung, ſowie wegen der in §. 25 erwähnten polizeilichen Auflöſung als aufgehoben zu betrachten — und eine Auflöſung wegen Reue nur zuläſſig und nach 1100 bb. zu behandeln, wenn der V. V. in Form einer V. U. abgeſchloſſen wurde.

17) Auch §. 25 iſt durch 1983 k. aufgehoben, indem jetzt nur noch wegen Unverträglichkeit, nicht wegen anderer Schuldhaftigkeit der V. V. aufgelöſt werden kann, und der Pfründnehmer nur dann die Verbringung in eine andere Pfründe auf Koſten des Pfründgebers verlangen darf, wenn er Jemand darſtellen kann, der ihn übernehmen will. Das Bezeichnen eines andern Pfründgebers iſt alſo ſeine Sache und nicht der Polizei, dafür zu ſorgen, alſo auch hier die Mitwirkung derſelben ausgeſchloſſen.

18) Nach §. 26 ſoll für den Fall der Auflöſung eine maaßgebende Abrede bezüglich der Leiſtungen des Pfründgebers mit dem Pfründſchillinge des Pfründnehmers zur Verhütung nochmaliger Streitigkeit getroffen und der Urkunde einverleibt, vor dieſer aber nicht polizeilich beſtätigt werden; ſonſt müßte die Polizei die durch einen darüber entſtehenden Streit erwachſenden Koſten tragen; dagegen ſagt 1983 m.: bei jeder Auflöſung wird die Pründreichung mit der gehabten Nutzung des Vermögens oder Kaufſchillings wettgeſchlagen. Es bedarf alſo bei dieſer geſetzlichen Beſtimmung keiner beſondern Verabredung mehr, daher auch die genannte Verbindlichkeit der Polizei wegfällt.

19) Von einem vertragsmäßigen Vorbehalt des Schiedsſpruchs, wie er in §. 27, 28 ſteht, wird jetzt keine Rede mehr ſein, weil erſt dann, wo der Betrag dieſes Abzugs nicht im Voraus verglichen iſt, ein Schiedsſpruch (und zwar durch ganz andere als die in §. 27 bezeichnete Perſonen) nach 1983 n. kraft Geſetzes alſo nicht erſt in Folge vorausgegangenen Vertrags eintritt.

20) Sagt 1983 d.: der Pfründgeber erlangt das Eigenthum auf die empfangenden Vermögensſtücke kraft Geſetzes, ſo iſt natürlich auch ein Bedingen einer Sicherheitsleiſtung zuläſſig, und im Falle dieſem nicht genügt wird, L.R.S. 1184 mit 1183 anwendbar.

Wird nun — was nur bei den in Geſtalt von V. U. abgeſchloſſenen V. V. jetzt (abweichend vom §. 29) vorkommt — in Folge einer dem V. V. beigefügten Bedingung die U. willkürlich widerrufen, ſo wird hier das Eigenthum des Empfängers am übergebenen Vermögen ex tunc aufgelöſt 1983 d., 1100 bb.; ſie wirkt alſo nicht bloß für die Zukunft, wie nach §. 25, ſondern für die Vergangenheit; und gerade deßhalb iſt die in §. 29 vorgeſchriebene polizeiliche Einwilligung nicht mehr nothwendig; denn hat der Pfründgeber das um die Pfründe hingegebene Vermögen verſchleudert, ſo kann im Falle des Widerrufs der Pfründnehmer die Liegenſchaften in dem übergebenen Zuſtande ex tunc zurückfordern, der alſo keinen Schaden leidet.

Hatte der Pfründgeber nur in Bezug auf die Pfründlaſt erhaltene Fahrniſſe als Vermögen verſchleudert, ſo muß er deren Werth zurückerſtatten, wodurch der Pfründnehmer, ſofern der Pfründgeber hinreichendes Vermögen hat, nicht benachtheiligt wird. Iſt er aber ohne Vermögen, ſo wird die Auflöſung keinen Zweck haben — denn in dieſem Falle iſt er nicht mehr im Stande, den Vertrag nach 1983 a. zu halten, und wird gerade durch dieſe Vermögensloſigkeit der Pfründnehmer unterhalts- und pflegelos, ſo daß die Einwilligung der Polizei hier zwecklos wird.

Ueber §. 30 ſiehe oben ad 13.

21) Die Beſtimmung des §. 31 „eben deßwegen" ꝛc. findet ſich in 1983 d., während 1983 e. mit 1983 b. von §. 32 inſofern abweicht, als jetzt nur gegenwärtiges, nicht aber auch zukünftiges Vermögen zugleich hingegeben werden kann, und die Verbindlichkeit des Pfründgebers hinſichtlich der Schuldenzahlung ganz beſtimmt bezeichnet wird, während jener Paragraph den Pfründgeber als Erbkäufer, nicht aber auch als Vermögensübernehmer mit aufgelegter Pfründlaſt im Auge hat.

Digitized by Google

Aus dieſer Vergleichung haben wir nun erſehen, daß die landrechtlichen Sätze über V. V. und V. U. nicht bloß im Weſentlichen aus dem alten Geſetze übertragene Verfügungen ſind, ſondern ganz neue Beſtimmungen, was ſich leicht erklären läßt, weil das Landrecht hinſichtlich der Verträge (belaſtende Schenkungen, Erbkauf, Kauf und Tauſch) ſowohl als des Erbrechts (Pflichttheil, Verbot der Erbverträge) ganz abweichende Beſtimmungen enthält, ſo daß die Zuſätze nicht als kürzere Sätze des a. G. betrachtet werden können, vielmehr in ihrer jetzigen Faſſung den landrechtlichen Beſtimmungen angepaßt werden mußten, und man deßhalb — wenn es auf Weſentlichkeiten ankam — eine buchſtäblich ſtattgehabte Aenderung derſelben iu bürgerlicher Hinſicht annehmen muß.

Steht aber dieſes feſt, ſo können auch nach §. 18 I. E. E. hinſichtlich der rechtspolizeilichen Fürſorge die alten Beſtimmungen nicht mehr bei Kräften bleiben, was wir, überall wo dieſe gefordert wurde, darzuthun geſucht haben.

Zwar könnte man einwenden: durch alle dieſe Argumentation iſt aber §. 4 des a. G. noch nicht weginterpretirt, demnach für beide Verträge immer noch jenes obrigkeitliche Gutheißen vonnöthen!

Allein ſieht man auf die Worte des 1100 ab.: „dieſe Ueberlaſſung iſt in jedem Falle an die Formen über Schenkungen gebunden,“ ſo ſieht man darin (in Vergleichung mit oben 10) ganz deutlich eine buchſtäbliche Aenderung jenes Paragraphen, welcher damit endet „in jedem Falle iſt ſchriftliche Verfaſſung und obrigkeitliches Gutheißen erforderlich.“ Hätte der Geſetzgeber noch letzteres gewollt, ſo wären jene drei letzten Worte ſicherlich beigefügt worden, und wäre bezüglich des V. V. gewiß in 1983 a. folgende auf die allgemeinen in 1100 aa. ad. und die in dem a. G. enthaltenen Beſtimmungen verwieſen oder die Lehre vom V. V. unmittelbar als annexum auf die von der V. U. gefolgt und hieße es nicht in 1983 b.: jeder dieſer Fälle wird in Allem, worüber die nachſtehenden Sätze nicht Maaß geben, nach der Natur des Vertrags beurtheilt, deſſen Geſtalt er trägt.

Daraus erkennt man leicht die Abſicht des Geſetzgebers, daß er nicht nur Weſen, ſondern auch Form dieſer Verträge feſtſetzen wollte. Thun aber die nachſtehenden Sätze bezüglich dieſes Gutheißens gar keine Erwähnung und wird in unſerem Landrechte nirgends zur Natur eines Kaufs, Tauſchs, einer Schenkung dieſes gefordert, und geben nur die nachſtehenden Sätze Maaß, alſo keine ſonſtigen, ſo dürfen auch nicht die des a. G. an deren Stelle treten und ihre alte Kraft behalten.

Es iſt dieſes begreiflich. Das Landrecht ſtellt nämlich den V. V. unter die Glücksverträge; dazu gehört aber nach L.R.S. 1104 außer den beiden Contrahenten kein den Contract gutheißender Dritter, abſonderlich nicht die Polizei, welche nach dem a. G. nur den Vertrag beſtätigen durfte, den ſie mit dem Intereſſe des Pfründnehmers im beſten Einklang fände, dadurch aber auf Koſten des Pfründgebers, der nur verlöre, eine nicht zu rechtfertigende Unbilligkeit beginge, wozu eine Staatsbehörde im Zweifel nicht aufgeſtellt ſein kann.

Weiß man nun

ad II. und III.

daß dieſes polizeiliche Mitwirken ein Ueberbleibſel von der nur bei Bauerngütern gewöhnlich in der Form eines Erbvertrags vorkommenden Leibzucht war,

Danz, l. c. §. 521

weil die Polizei, den Bauern als Minor betrachtend, als Obervormünderin handelte — daß das alte Geſetz — ebenfalls nach den Eingangsworten hauptſächlich den Landmann im Auge habend — dieſe Bevormundung für nöthig hielt; daß aber unſer Landrecht ganz allgemein die V. V. und V. U. behandelt; bringt man damit in Verbindung, daß ein älteres Geſetz nur neben dem Landrecht beſtehet, ſo weit dieſes vernünftiger Weiſe der Fall ſein kann — daß es aber gegen Sinn und Geiſt des letztern iſt, wenn man dieſes Ueberbleibſel ehemaliger Zurückſetzung des Landmanns noch aufrecht halten wollte, da ja der Code unbedingte Gleichheit will und unbeſchränkte Dispoſitionsbefugniß über das Eigenthum gibt, ſo muß die Interpretationsregel, daß in ſolchem Falle das, was im Landrechte indirekt oder folgeweiſe ausgeſprochen iſt, vor dem in dem früheren Geſetze ausdrücklich Verfügten den Vorzug hat, auch hier Platz greifen, um ſo mehr, als beſagter §. 18 I. E.E. nur dann eine Erläuterung aus dem alten Geſetze will, wenn „dießfällſig“ kurze Sätze übergegangen ſind, was aber für dieſen Fall der rechtspolizeilichen Fürſorge nicht geſchehen iſt.

Digitized by Google

Somit iſt die landrechtliche Lehre von dem V. V. und V. U. nicht mehr als Particulargeſetz, und das Landrecht nicht mehr durch das a. G. erläuternd zu behandeln, deßhalb unſere Frage um ſo mehr verneinend zu beantworten, als unſer Code überhaupt keine gerichtlich (polizeilich) abzuſchließende oder gutzuheißende Verträge kennt und insbeſondere

Brauer V. 357

den V. V. mit dem Leibrentenvertrag in ſeinen Unterſchieden vergleichend, nicht der polizeilichen Beſtätigung erwähnt, was er, falls unſere Frage bejahend zu beantworten, gewiß gethan hätte.

Wäre dieſe polizeiliche Thätigkeit nach Einführung des Landrechts für nöthig erachtet worden, ſo hätte, — da die Polizei hier nur als obervormundſchaftliche Behörde handelte,

vergl. Maurenbrecher, t. Pr. Rt. §. 319, 651

und in dieſer Eigenſchaft zur Handhabung der Rechte dieſer vorſorgbedürftigen Perſonen der Kronanwalt auftritt

(vergl. das angef. G. III. A. a. c)

die Pflicht der Prüfung dieſer Verträge dem Kronanwalte übertragen werden müſſen, die erſt nach deſſen Vernehmung hätten beſtätigt werden dürfen. Nun aber ſpricht L.R.S. 1983 i. nur von der kronanwaltlichen Mitwirkung bei der Aufhebung des V. V., ſomit muß nach dem Grundſatz: qui dicit de uno, negat de altero, nothwendig beim Schweigen des Landrechts bezüglich der Abſchließung die alte Beſtimmung wegfallen.

Mit unſerer Argumentation ſtimmen auch die Eingangsworte des a. G. inſofern überein, als die Worte „welche bis zu einer allgemeinen Geſetzgebung fürdauern zu laſſen bedenklich erſcheint" wohl keiner andern Deutung zuläſſig ſind, als:

proviſoriſch wollen wir nachſtehende Beſtimmungen erlaſſen. Iſt aber die kommende allgemeine Geſetzgebung mit dem Buchſtaben nnd Geiſt dieſes Geſetzes nicht vereinbar (was jetzt hinlänglich ausgeführt erſcheinen dürfte) ſo ſoll es auch nicht mehr gelten, alſo auch nicht mehr

die Beſtimmung hinſichtlich der polizeilichen Beſtätigung genannter Verträge.

Emil Barbo, Rechtspracticant. *)

*) In Oberkirch.

II.

Steht dem Sammtbürgen (dem unter ſammtverbindlicher Haftbarkeit verpflichteten Bürgen) das beneficium des L.R.S. 2037 zur Seite?

Dieſe Frage bejaht

Zachariä, Civ. Recht II. §. 428. Anmerkung 3,

unter Anführung des *Duranton* und *Sirey*, weche Meinung man geſtützt auf ſolche Antoritäten adoptiren könnte, wäre er nicht mit ſich ſelbſt und Geſetzesanalogieen im Widerſpruch.

Zachariä ſagt nämlich in §. 425: „in dem Falle, wo ſich mit dem Hauptſchuldner der Bürge in solidum verpflichtet hat, ſind die von Sammtſchuldnern überhaupt geltenden Grundſätze ſchlechthin anwendbar", in der Anmerkung erwähnend, „dieſer Fall ſei weſentlich verſchieden von dem, wo der Bürge nur auf die Einrede der Vorausklage verzichtet habe. Nun aber ſagt er in §. 298. S. 215. Anmerkung 30:

„der Art 2037 iſt auf Sammtſchuldner nicht anwendbar."

Wie iſt nun dieſes mit obiger Anmerkung 3 des §. 428 in Harmonie zu bringen? auf keine Weiſe.

Iſt ein Sammtbürge dem Gläubiger gegenüber als Selbſtſchuldner zu betrachten, was nach Anſ. und arg L.R.S. 1294 gewiß richtig iſt, indem er nur dem Hauptſchuldner gegenüber als Bürge erſcheint, ſo müſſen auch die Regeln der Sammtverbindlichkeit auf ihn angewendet werden. Nirgends aber wird in der ganzen Materie von L.R.S. 1200 — 1216 dieſes in 2037 dem Bürgen eingeräumten Beneficiums erwähnt. Beneficia ſind aber strictissimae interpretationis nec extensivae

Thibaut, Pand. I. §. 49

daher auch dieſe Rechtswohlthat nicht dem Sammtſchuldner, oder was hier das Gleiche iſt, dem Sammtbürgen, zu Statten kommen darf.

Verpflichtet ſich nämlich Jemand als Bürge, ſo entſteht dadurch eine unvollkommene cumulative Rechtswandlung — zu der Hauptverbindlichkeit tritt eine dieſe in ihren Wirkungen verbeſſernde Nebenverbindlichkeit, der Bürge wird nach 2011, 2021 subsidiär verpflichtet, daher ihm die Einrede der Vorausklage, Theilung eingeräumt.

Dieſe Nebenverbindlichkeit nun übernimmt der Bürge

Digitized by Google

im Bewußtſein, daß ihn das Geſetz in 2029 und 1251. Nr. 3 im Falle der Zahlung in alle Rechte des Gläubigers ſubrogirt (daß er alſo jetzt nicht mehr wie nach römiſchem Rechte mittelſt des benef. cedend. act. vor Zahlung der Schuld die Ceſſion der Forderung cum access. von dem Gläubiger zu verlangen braucht). Macht deßhalb der Gläubiger ihm dieſen Eintritt unmöglich, ſo muß auch dafür das Geſetz Sorge treffen und ſagen: dir gegenüber hat er ſich nur als Bürge verpflichtet, weil er wußte, daß er im ſchlimmſten Falle in deine Rechte eintreten konnte; haſt du ſie aber auch durch deine Schuld entzogen, ſo kann er keinen Schaden leiden. Die Vorausſetzung; warum er ſeine Verbindlichkeit einging, iſt durch deine Nachläßigkeit, die du nun büßen magſt, weggefallen — er iſt demnach für das Betreffniß derſelben ſeiner Verbindlichkeit los. 2037.

Verpflichtet ſich aber Jemand als Sammtbürge, ſo entſteht jetzt nicht bloß eine die alte Hauptverbindlichkeit vermehrende Nebenverbindlichkeit, ſondern das Geſetz betrachtet in 2021 denſelben als einen Schuldner, der durch die Worte „ſammtverbindlich“ ſeine ſubſidiäre Verbindlichkeit aufheben und die urſprünglich ſubjectiv-einfache in eine ſubjectiv-mehrfache Hauptverbindlichkeit umwandeln will, der nun nicht mehr subsidiär ſondern primär verpflichtet iſt — daher ſtehen ihm jetzt nicht mehr die obigen Einreden zu. 1204, 2027 a.

Von nun an iſt er nicht mehr als ein dem Gläubiger Zahlung leiſtender Dritter (vergl. 1249), ſondern als ein gleich beim Beginne des Vertrags zur ſofortigen Zahlung verpflichteter zu behandeln, da er mit dem eigentlichen Schuldner wegen der jetzt vorgegangenen Einheit des Obligationsverhältniſſes als alleiniger und einziger Schuldner erſcheint (vergl. 1203), ſo daß er dem Gläubiger gegenüber nicht für Andere noch mit Andern, ſondern für ſich bezahlt, weßhalb auch die Subrogation des L.R.S. 1251. Nr. 3 nicht eintritt.

Fände dieſe Statt, ſo würde 1214 nicht ſagen: ein Mitſchuldner, der eine Sammtſchuld ganz gezahlt hat, kann von einem jeden der übrigen nicht mehr als deſſen Antheil zurückfordern. Vielmehr müßte dann der zahlende Mitſchuldner berechtigt ſein, von einem Jeden der übrigen die gezahlte Schuld ganz zu fordern, weil er ja jetzt an die Stelle des Gläubigers getreten wäre, und ihm gegenüber ſeine früheren Mitſchuldner als Sammtſchuldner betrachtet werden müßten, was gewiß zu einer Härte führte, indem der letzt bezahlende am Ende die Zeche zahlen müßte.

Zu gleichem Reſultate kommt man mit dem auf den Sammtbürgen ganz anwendbaren L.R.S. 1216, welcher nicht beſtimmt, daß der Mitſchuldner, der für den eigentlichen Schuldner als Sammtſchuldner bezahlt hat, geſetzlich ſubrogirt ſei, denn ſonſt müßten die übrigen Mitſchuldner gleich dem eigentlichen Schuldner für die ganze Schuld haften — nein, er will nur ſagen, daß der zahlende Mitſchuldner ſeinen Rückgriff auf den eigentlichen Schuldner für das Ganze hat, gegen die andern aber nur nach ihrem Antheile, weil dieſe in Bezug auf ihn nur als Mitbürgen zu betrachten ſind.

Weil nun hienach dem Gläubiger gegenüber überall kein Bürge exiſtirt (vergl. Zachariä II. §. 423 Nr. 4), ſo hat jener auch dasjenige nicht zu beobachten, was ihm dem Bürgen gegenüber vorgeſchrieben iſt, weil ja der Sammtbürge nicht vorſchützen kann, er habe nur unter der Vorausſetzung des L.R.S. 2029 ſeine Verbindlichkeit eingegangen, vielmehr ihm entgegengehalten werden muß, er habe durch Uebernahme der Sammtverbindlichkeit ſeine urſprüngliche Nebenverbindlichkeit aufgehoben, damit auch — weil in jeder Rechtswandlung ein Verzicht enthalten iſt — auf die mit dieſer Nebenverbindlichkeit eines Bürgen verbundenen Rechte verzichtet, folgeweiſe auf das Recht des L.R.S. 2029.

Exiſtirt aber für den Sammtbürgen kein Recht zur geſetzlichen Subrogation, ſo hat der Gläubiger auch nicht eine Pflicht zu deren Verwirklichung, die ihm ſonſt bei der Exiſtenz eines Bürgen obläge.

Dieſer Anſicht füge ich noch bei:

Weil nach 2029 der zahlende Bürge in die Rechte des Gläubigers tritt, erliſcht arg. des Abſatzes 1236 die Verbindlichkeit durch die Zahlung für den Schuldner nicht, und deßhalb iſt auch die dem Satze 2029 correſpondirende Vorſchrift in 2037 enthalten.

Dagegen wird nach L.R.S. 1200 jeder Mitſchuldner durch die Zahlung des Einen befreit, und erlöſcht ſomit die Verbindlichkeit 1234, daher die Worte in 1216: ging das Geſchäft ꝛc.

Eben weil nun die alte Verbindlichkeit getilgt erſcheint,

Digitized by Google

ſagt dieſer L.R.S. 1216: daß der eigentliche Schuldner dem Zahlenden für die ganze Schuld hafte, d. h. daß der Zahlende als auf Rechnung dieſes Schuldners bezahlt habend angeſehen werden ſoll, alſo durch die Zahlung des eigentlich nicht Betheiligten an die Stelle der alten eine neue Verbindlichkeit getreten ſei, weßhalb der Zahlende als neg. gestor Erſatz verlangen dürfe, und nicht wie der Erſatz verlangende Bürge als ſubrogirter Gläubiger betrachtet werde.

Erliſcht demnach durch die Zahlung eines Sammtſchuldners die Verbindlichkeit des Mitſchuldners, ſo müſſen auch nothwendig die damit verbundenen Rechte erlöſchen, und wird ſomit von einem Eintritt in die Rechte und einer Sorge zu deſſen Verwirklichung nicht die Rede ſein können. L.R.S. 1236.

Emil Barbo*).

III.

Das im L.R.S. 1653 dem Käufer eingeräumte Retentionsrecht kommt nach §. 1059 der P. O. dem Steigerer nicht zu ſtatten.

Stöckle gegen Schülly.

Die Wittwe Stöckle hatte die von ihrem kinderlos verlebten Ehemanne herrührende Wirthſchaft zur Linde in Fernach, nebſt Zugehörden an einen gewiſſen Brandſtätter verkauft, gegen welchen ſie nachmals die Verſteigerung dieſer Liegenſchaft erwirkte, welche am 3. April 1845 vorgenommen wurde. Hiebei erſtand Schülly die Wirthſchaft um das Gebot von 11,150 fl. mit der Verbindlichkeit, ein Fünftel dieſer Summe ſogleich baar zu bezahlen. Da jedoch der Verſteigerer dieſe Bedingung nicht einhielt, ſo beantragte die Stöckle am 17. Juni auf den Grund des §. 1063 der P. O. die Wiederverſteigerung des genannten Gaſthauſes und ſtellte eventuell das Begehren, daß dem Steigerer die Zahlung des Betrags von 2,218 fl. binnen acht Tagen bei Vermeidung der Wiederverſteigerung aufgegeben werde. Durch amtlichen Beſchluß vom 24. Juni 1845 wurde dem eventuellen Begehren willfahrt. Schülly erhob dagegen Einſprache, die er unter andern durch das Vorbringen zu begründen ſuchte, daß die Inteſtaterben des verſtorbenen Lindenwirth Stöckle gegen deſſen Wittwe das Eigenthum des Verſteigerungsobjects in Anſpruch genommen und bereits ein obſiegendes Urtheil vom 7. März 1845 erlangt hätten; ſollte er nun die bedungenen Termine an die Klägerin zahlen, ſo würde er in Gefahr kommen, dieſelben entweder doppelt zahlen zu müſſen, oder den Kaufpreis ſammt den Liegenſchaften zu verlieren. Unter Berufung auf L.R.S. 1653 bat daher der Beklagte: die Klägerin mit ihrem Geſuche unbedingt oder wenigſtens noch zur Zeit abzuweiſen.

Letztere geſtand zwar in ihrer Vernehmlaſſung hierauf die thatſächliche Grundlage der Einſprache als richtig zu, beſtritt aber die Anwendbarkeit des L.R.S. 1653 auf den gegenwärtigen Fall und berief ſich dagegen auf den §. 1059 der Proceßordnung, wornach der Beklagte durchaus keine Gefahr laufe, mit dem Anfügen, daß derſelbe, wie bedungen ſei, Angriffs ungeachtet den Steigſchilling zahlen müſſe. Auf dieſe Gründe geſtützt ward um Verwerfung der gegentheiligen Einſprache gebeten.

Am 12. Auguſt 1845 verfügte jedoch das Untergericht: „die Verfügung vom 24. Juni d. J. ſei wieder aufzuheben und die Bitte der Impetrantin vom 17. Juni d. J. als zur Zeit unſtatthaft zu verwerfen.“

In Folge der von der Klägerin eingewandten Berufung erging am 14. Februar l. J. in zweiter Inſtanz ein abänderndes Urtheil, wodurch die von dem Beklagten gegen die amtliche Verfügung vom 24. Juni 1845 erhobene Einſprache abgewieſen wurde und zwar aus nachſtehenden

Gründen:

In Erwägung, daß der Unterrichter auf erhobene Einſprache ſeine Verfügung vom 24. Juni d. J., wodurch dem Impetraten der Wiederverkauf der verſteigerten Liegenſchaften gedroht iſt, deßhalb wieder zurückgenommen hat, weil über das Eigenthum derſelben ein Rechtsſtreit obſchwebt, in welchem dritte Perſonen ſolches in Anſpruch nehmen, ſonach dem Steigerer im Hinblick auf L.R.S. 1653 ein Retentionsrecht des Kaufpreiſes zuſtehe.

Nach Anſicht des §. 1059 der Proceßordnung, wornach dem Steigerer, welcher in Folge erhobener Eigenthumsanſprüche zur Wiederabtretung des erſteigerten Guts ſchuldig erklärt iſt, zuvor das, was er am Steigerungspreiſe nach Anweiſung der zuſtändigen Behörde bezahlt hat, nebſt den nothwendigen und nützlichen Verwendungen und den Kauf-

*) Rechtspraktikant in Oberkirch.

Digitized by Google

koſten von demjenigen erſtattet werden muß, welchem das Gut abzutreten iſt;

In Betracht, daß durch dieſe Norm, welche ſich theils auf die allgemeinen Rechte des redlichen Steigerers (§. 1007 der Proceßordnung), theils darauf gründet, daß derjenige, welcher dergleichen unter dem Schutze eines öffentlichen Steigerungsactes erwirbt, gegen jeden Schaden und Koſten geſichert ſein muß — die Rechte beſtimmt werden, welche den im Vollſtreckungsweg Steigernden im Falle erhobener Eigenthumsanſprüche zuſtehen, hierunter aber das im L.R.S. 1653 genannte Retentionsrecht des Kaufpreiſes nicht enthalten iſt;

In Erwägung, daß ein ſolches Recht auch dem Zweck des Vollſtreckungsverfahrens — Befriedigung des Gläubigers — nicht entſpricht, vielmehr ſolche in's Unendliche verſchieben könnte, daß nach allem dieſem die allgemeine Vorſchrift des L.R.S. 1653 auf das beſonderen Normen unterliegende Vollſtreckungsverfahren keine Anwendung findet;

In Betracht, daß ſelbſt die Anwendbarkeit des L.R.S. 1653 auf Vollſtreckungsverſteigerungen zugegeben, — ein Retentionsrecht ſchon deßhalb nicht begründet wäre, weil durch das Geſetz ſelbſt (§. 1059 der Proceßordnung) dem Steigerer hinreichende Sicherheit geſtellt iſt und in dieſem Fall das Retentionsrecht nicht angewendet werden kann ꝛc.

Auf die Oberappellation des Beklagten erfolgte am zweiten Juli d. J. in letzter Inſtanz ein beſtätigendes Urtheil.

Die oberhofgerichtlichen Entſcheidungsgründe, welche von der nämlichen Anſicht ausgehen, berückſichtigten zugleich daß der Beklagte 1/8 des Steigſchillings ſogleich baar zu bezahlen ſich verbindlich gemacht, dieſe Verbindlichkeit aber nicht erfüllt hat — und fügen hinzu: „Auf den Grund angeblicher Eigenthumsanſprüche an die verſteigerte Liegenſchaft hätten daher nur die dritten Betheiligten, nämlich die geſetzlichen Erben des J. Stöckle, gegen die Vollſtreckung Einſprache erheben können (Proceßordnung §. 959 und 1072); der Oberappellant iſt aber nicht befugt, die Rechte dieſer dritten Perſonen geltend zu machen, und an deren Statt auf den Grund ihrer Anſprüche Einhalt zu begehren. Der L.R.S. 2188 unterſtellt den Fall, wo der Käufer von dem Kaufſchilling noch nichts bezahlt, vielmehr das Entlaſtungsverfahren (le purgement) eingeleitet hat, in welchem Falle dem erſten Erwerber von dem nachfolgenden nur die Koſten und redlichen Auslagen erſetzt werden ſollen, während der §. 1059 der Proceßordnung die bereits ganz oder theilweiſe erfolgte Zahlung des Steigſchillings vorausſetzt und den Erſatz des Letztern neben den Koſten zu Gunſten des Steigerers verordnet, dabei alſo unterſtellt, daß dieſe Zahlung ſchlechthin nach Anweiſung der zuſtändigen Behörde geſchehen ſolle ꝛc.

D. R.

IV.

Ueber den Schaftrieb in Waldungen.

In der Praxis beſteht kein Zweifel darüber, wie weit nach dem Forſtgeſetze vom 31. Dezember 1833 der Schaftrieb in Privatwaldungen noch zuläſſig iſt; dagegen wurde nicht nur bei vielen Forſtrugthätigungen, ſondern auch ſelbſt von Gerichten die Frage bald verneinend bald bejahend beantwortet, ob das Forſtgeſetz auch in Staats-, Gemeinde- und Körperſchaftswaldungen den Schaftrieb noch geſtatte? und dürfte deßhalb eine nähere Beleuchtung dieſer Frage nicht ohne Werth ſein.

Für die bejahende Beantwortung derſelben wird angeführt:

1) daß nach dem Schlußſatze des §. 14 der Verfaſſung Niemanden ſein Eigenthum ohne vorgängige Entſchädigung zu öffentlichen Zwecken entzogen werden dürfe, und

2) daß der §. 104 des Forſtgeſetzes ausſpricht, das Geſetz ſchütze jene Forſtberechtigungen, welche auf einem beſonderen Rechtstitel beruhen, oder ſonſt in rechtmäßiger Uebung ſind, ſo lange ſie nicht abgelöſt werden.

Dieſe Gründe dürften aber ſchwerlich haltbar ſeyn, und in der Rechtfertigung der gegentheiligen Anſicht zugleich ihre Widerlegung finden.

Schon der Regierungs-Entwurf unſeres Forſtgeſetzes hatte unter die Forſtpolizeilichen Beſtimmungen im §. 36 dieſe aufgenommen, daß das Weiden der Schafe im Walde unſtatthaft ſei, weil hierdurch die Forſtcultur ſehr gefährdet würde, was die zweite Kammer der Landſtände in ihrer Sitzung vom 2. Auguſt 1833 Protoc. Heft VI. S. 354 und folg. vollſtändig anerkannte und auch von der erſten Kammer nach wiederholter Berathung endlich zugegeben worden iſt.

Dieſes Verbot iſt ſeinem Wortlaute nach ein allgemeines und wurde durch den jenesmaligen Reggierungscom-

Digitized by Google

miſſär Staatsrath Winter in den Verhandlungen der I. Kammer Bd. IV. S. 286 als ein ſolches bezeichnet, welches jeden Schaftrieb im Walde aufheben und unterſagen ſollte.

Bei den Discuſſionen über dieſes Verbot wurde namentlich auch S. 359 des VI. Heftes der Protoc. der II. Kammer die Frage berührt, in wie weit daſſelbe auf die Schafweidberechtigungen Einfluß habe? die Erörterung derſelben aber auf die Bemerkung des Berichterſtatters bis zur Berathung über die, für aufzuhebende Berechtigungen zu leiſtende Entſchädigungen verſchoben; jedoch hierbei ſchon anerkannt, daß dem Geſetzgeber zuſtehe, im Intereſſe des Staatswohls eine Berechtigung alsbald aufhören zu laſſen und den bisher Pflichtigen zur Zahlung einer Entſchädigung an den Berechtigten anzuhalten, wie es namentlich bei Aufhebung der alten Abgaben der Fall war.

Geht man mit der Ueberzeugung von dem geſetzlichen Beſtehen des allgemeinen Verbotes des Weidgangs der Schafe im Walde zu der Betrachtung des erſten Abſchnittes des 2. Theils des Forſtgeſetzes über, ſo folgt aus §. 100, daß auch eine Berechtigung zum Waldtrieb für Schafe nach §. 36 im Allgemeinen nicht mehr ſtattfindet, daß aber nach §. 87, und 103 ausnahmsweiſe einem Privatmanne es frei ſteht, eine ſolche Berechtigung in ſeinem Walde fortan noch ausüben zu laſſen, wenn er dieſe Beläſtigung ſeines Grundeigenthums der Zahlung einer Entſchädigung für die Aufhebung oder Beſchränkung des Weidganges vorzieht.

Eine ſolche freie Dispoſitionsbefugniß ſteht dagegen dem Staate, den Gemeinden und Körperſchaften als Eigenthümer von Waldungen nicht zu, indem ſie nach §. 85 des Forſtgeſetzes lediglich an die Vorſchriften der Forſtpolizei gebunden ſind; es kann alſo nicht mehr von dem Willen eines ſolchen Waldeigenthümers abhängen, ob er einem früher Berechtigten den Schaftrieb noch ferner in ſeinen Waldungen geſtatten und dafür keine Entſchädigung zahlen will. Deßwegen enthält auch §. 102 die geſetzliche Beſtimmung, daß eine Berechtigung mit beſtimmtem größeren Umfange, als ſolchen die Forſtpolizei geſetzlich geſtattet, künftig nicht mehr ausgeübt werden darf, daß aber der Berechtigte für dieſen Verluſt eine Entſchädigung anzuſprechen hat. Der Berichterſtatter über das Forſtgeſetz in der II. Kammer erkennt Beilageheft II. S. 195 und 196 namentlich an, daß der Staat, die Gemeinden und Körperſchaften verpflichtet ſeien, ihre Wälder ſo zu bewirthſchaften, wie es der Holzcultur am Zuträglichſten iſt; ferner enthalten die Protocolle der II. Kammer Heft VII. S. 326 — 342 ſodann der Commiſſionsbericht der I. Kammer Beilageh. Band III. S. 5. Belege für die Richtigkeit der hier ausgeſprochenen Anſicht.

Derſelben ſteht aber auch §. 104 des Forſtgeſetzes mit ſeiner Beſtimmung nicht entgegen, daß das Geſetz jene Forſtberechtigungen ſchütze, welche auf einem beſonderen Rechtstitel beruhen oder ſonſt in rechtmäßiger Uebung ſind, ſolange ſie nicht nach Maaßgabe der §. 134 — 136 abgelöſt werden, weil in dieſen Paragraphen mit klaren Worten ausgeſprochen iſt, daß ſie nur auf ſolche Waldeigenthümer ſich beziehen, welchen das Recht zuſteht, nach ihrer Willkür die Ablöſung einer Berechtigung zu begehren, oder ſolche fortdauern zu laſſen, welche Wahl aber dem Staate, den Gemeinden und Körperſchaften nirgends eingeräumt iſt.

Berückſichtigt man endlich noch, daß im §. 102 bei dem Verbote der Ausübung einer forſtpolizeiwidrigen Berechtigung das Wort „künftig" gebraucht worden iſt, ſetzt man damit §. 220 und das Einführungs-Edict vom 1. Mai 1834 in Verbindung; beachtet man, daß der, die Ausnahme zu dieſem Verbote enthaltende §. 103 ſich des Ausdruckes „fortan" bedient, auch der zweite Abſatz des §. 104 eine Zeitbeſtimmung enthält, welche bloß auf einen Privatwald-Eigenthümer Anwendung finden kann, ſo wird als gewiß anzunehmen ſein, daß

1) in Staats-, Gemeinde- und Körperſchaftswaldungen eine auf Rechtstitel oder rechtmäßiger Uebung beruhende Berechtigung von beſtimmtem größerem Umfange, als ſolchen die Forſtpolizei noch zuläßt, ſeit der Wirkſamkeit des Forſtgeſetzes (d. 1. September 1834) kraft Geſetzes aufgehoben iſt, und ſich in die Pflicht der genannten Waldeigenthümer zur Entſchädigung für das aufgehobene Recht aufgelöst hat; daß aber

2) in Privatwaldungen die Ausübung einer ſolchen, gegen die Vorſchriften der Forſtpolizei ausgedehnten Berechtigung noch ſolange geſtattet iſt, bis der Waldeigenthümer dieſelbe abgelöst hat. B.

Berichtigung zu dem zweiten Aufſatz über Proceßordnung §. 814. S. 165 dieſer Blätter: Die angefuhrte Stelle des Bekk'ſchen Commiſſionsberichtes iſt nicht wörtlich ſondern in dem von Thilo gegebenen Auszuge abgedruckt.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 29. Karlsruhe den 18. Juli 1846.

I.

Hofgericht des Oberrheinkreiſes und Oberhofgericht.

Criminalrechtsfall über Betrug und Urkundenfälſchung.

Die Lehre über Betrug und Fälſchung iſt unſtreitig eine der ſchwierigſten und ſubtilſten Materien im Gebiete des Strafrechts, „vielleicht, ſagt Eſcher in ſeinem vortrefflichen Werke über die Lehre von dem ſtrafbaren Betruge und von der Fälſchung, iſt in keinem andern Abſchnitte des Criminalrechtes (wenn man etwa die Lehre der politiſchen Verbrechen und Preßvergehen ausnimmt) den Praktikern das Bedürfniß einer gründlichen und einläßlichen theoretiſchen Belehrung ſo fühlbar als hier; auch möchte kaum eine andere Materie ſein, welche dem Scharfſinn ſo reichen Stoff, ſo ſchöne Gelegenheit darböte und wo es den Theoretikern ſo ſehr Noth thut, ſich von Zeit zu Zeit durch die Praxis zu orientiren.“

In der Praxis zeigt ſich denn auch am beſten, welch nahe Verwandtſchaft zwiſchen beiden Verbrechen exiſtirt, und wie ſchwer manchmal die Scheidelinie zwiſchen Betrug und Fälſchung zu ziehen iſt, zumal in der Wiſſenſchaft die Unterſcheidungsmerkmale noch keineswegs allgemein anerkannt, ſondern theils unbeſtimmt, theils beſtritten ſind. Eine genaue Unterſcheidung dieſer beiden Verbrechen iſt aber in mannigfacher Hinſicht von bedeutender praktiſcher Wichtigkeit, namentlich Behufs der Beſtimmung der geſetzlichen größern oder geringern Strafe und der gehörigen Strafart.

In dieſer Beziehung dürfte nachſtehender Rechtsfall nicht ohne Intereſſe ſein.

Im Monat November 1843 erhielt Notar Dietz in Baſel einen zu W. auf die Poſt gegebenen Brief, in welchem ein Verlagſchein oder Extrakt aus dem Grund- und Pfandbuch der Gemeinde N. mit der Unterſchrift der Gemeinderathsmitglieder und mit dem Ortsſiegel verſehen, jedoch ohne Datum, ſich befand, wornach Johann Dietſche, Bürger in N., ſeine Liegenſchaften im Anſchlage von 24,750 fl. für ein ihm darzuleihendes mit 4 oder 4½ Procent verzinsliches Kapital von 12,000 fl. als Unterpfand zu verſetzen verſpricht. Derſelbe Brief enthielt ferner ein Empfehlungsſchreiben des Bürgermeiſters J. in N. vom 16. November 1843, wodurch er das Anleihegeſuch unterſtützte mit dem Erſuchen, innerhalb zehn Tagen den Verlagſchein mit oder ohne Zuſage zurückzuſchicken. Wenige Tage nachher empfing Notar Dietz noch zwei weitere Schreiben vom 17. und 29. November angeblich von Bürgermeiſter J., worin die Erledigung des Geſuchs in Erinnerung gebracht wurde.

Am 26. November erſchien die Ehefrau eines gewiſſen H. auf dem Poſtbüreau zu W. und erkundigte ſich nach einem Briefe, der von Baſel an den Bürgermeiſter in N. kommen ſollte, unter Vorzeigen einer angeblich von dieſem Bürgermeiſter ausgeſtellten und unterzeichneten Vollmacht, wornach H. ermächtiget war, jeden von Baſel kommenden an das Bürgermeiſteramt in N. adreſſirten Brief in Empfang zu nehmen. Dieſe Vollmacht wurde jedoch nicht als genügend angeſehen, ſondern man verlangte die Mitunterſchrift des Gemeinderaths und die Beidrückung des Gemeindeſiegels. Am 27. oder 28. November kam H. ſelbſt auf das Poſtbüreau und übergab die nämliche Vollmacht, welche aber nun von einigen Gemeinderathsmitgliedern unterzeichnet und mit dem Gemeindeſiegel verſehen war.

Digitized by Google

Unterdeſſen hatte ſich Notar Dietz Behufs der näheren Erkundigung über die Verhältniſſe ſchriftlich ſelbſt an Bürgermeiſter J. in R. gewendet, von welchem jener ſofort die Rückantwort erhielt, daß ihm weder von den erwähnten Schreiben noch davon etwas bekannt ſei, als wolle Johann Dietſche 12,000 fl. aufnehmen. Hievon machte Notar Dietz unter Vorlage aller an ihn gekommenen Briefe und Urkunden dem Bezirksamt W. Anzeige. Die hierauf eingeleitete Unterſuchung lieferte das Ergebniß, daß mit Ausnahme des letzten Schreibens von Bürgermeiſter J. alle andern Urkunden, namentlich auch die von H. übergebene Vollmacht formell, zum Theil auch materiell falſch ſeien. Es lebt zwar in R. ein Bürger und Gutsbeſitzer Namens Johann Dietſche, welcher die in dem Extrakt aufgeführten Grundſtücke beſitzt; allein der Extrakt war weder von dem Gemeinderath in R. ausgefertiget noch von den Mitgliedern des Gemeinderaths unterzeichnet noch mit dem wirklichen Gemeindeſiegel verſehen. Daſſelbe gilt von der Vollmacht ſowie von den Empfehlungsbriefen und Beförderungsſchreiben, welche von Bürgermeiſter J. nicht gefertiget waren.

Als Urheber des in Frage liegenden Verbrechens wurden Fr. J. Ruf und B. J. Häſſig in Unterſuchung gezogen. — Auch gegen H. wurde wegen Theilnahme an dem Verbrechen inquirirt. Die Unterſuchung bietet aber in dieſer Beziehung keine intereſſante Seite dar, daher ich dieſen Punkt nicht weiter berühren werde. — Der erſte, nämlich Ruf, legte alsbald ein Geſtändniß dahin ab, daß er den Extrakt mit Ausnahme der Unterſchrift eines Gemeinderathsmitgliedes, ſodann das Begleitungsſchreiben vom 16. November 1843, die Adreſſe auf dem Ueberſchlag, worin dieſe beiden Urkunden gepackt waren, die beiden Beförderungsbriefe vom 17. und 29. November, die auf H. ausgeſtellte Vollmacht ebenfalls mit Ausnahme der Unterſchrift eines Gemeinderathsmitgliedes geſchrieben und die beiden erſten Urkunden mit der Adreſſe zu W. auf die Poſt gegeben habe. Er geſtand, daß alle dieſe Fälſchungen in der Abſicht geſchehen ſeien, um von Notar Dietz in Baſel die Zuſage einer Kapitalanleihe von 12,000 fl. zu erhalten, worauf ſodann eine Obligation gefertiget und das Geld geholt worden wäre. Er bezeichnete den Häſſig als denjenigen, welcher nicht allein intellectueller Urheber des beabſichtigten Betruges und der zu dieſem Zwecke unternommenen Urkundenfälſchungen geweſen ſei, ſondern auch durch Beidrückung der falſchen Siegel auf den gefälſchten Pfandbuchsauszug, den gefälſchten Brief vom 17. November und die gefälſchte Vollmacht, endlich durch Beiſetzung des Namens eines der Gemeinderathsmitglieder auf erſterem und letzterer bei Fertigung dieſer falſchen Urkunden ſelbſtthätig mitgewirkt habe. Dagegen läugnete Häſſig beharrlich, an dem Verbrechen Theil genommen zu haben. Das mit allen Merkmalen der Glaubwürdigkeit verſehene Geſtändniß des Ruf wurde aber auf mehrfache Weiſe insbeſondere durch den vollſtändig erwieſenen Umſtand unterſtützt, daß Häſſig die Vollmacht vom 19. November 1843 zuerſt der H'ſchen Ehefrau und ſpäter ihrem Ehemanne überbrachte, um ein von Baſel erwartetes Schreiben in Empfang zu nehmen, und daß er, um den H. in den Stand zu ſetzen, beurtheilen zu können, wie das zu erwartende Schreiben der Größe nach beſchaffen ſein werde, eine Couverte mit weißen Papiereinlagen übergab, welche in ihrem Formate dem Volumen, das der zurückerwartete Extrakt mit einem etwaigen Begleitnngsſchreiben einnehmen konnte, gleich kommen mag.

Sämmtliche hofgerichtliche Votanten hielten den Häſſig ſowohl als den Ruf der Urheberſchaft des hier in Frage liegenden Verbrechens für überwieſen, dagegen herrſchte eine Meinungsverſchiedenheit darüber, welche ſtrafrechtliche Bedeutung die vorliegende verbrecheriſche Handlungsweiſe habe. Der Vertheidiger der beiden Inkulpaten fand in der Handlung nur einen verſuchten Betrug und begründete ſeine Anſicht folgendermaßen:

Eine eigentliche *objective* Rechtsverletzung, eine widerrechtliche Beeinträchtigung irgend eines unter dem Schutze der Geſetze ſtehenden Rechtes auf Eigenthum, Ehre, Freiheit u. ſ. w. liegt hier nicht vor. Es liegt nur vor eine betrügeriſche Einleitung, um die Zuſage zur Darleihe eines Kapitals von 12,000 fl. zu erlangen.

Wäre dieſe Zuſage wirklich erfolgt, ſo wäre noch manches Hinderniß zu beſiegen geweſen, um den Geldvortheil ſelbſt zu erlangen, und es iſt kein Moment vorhanden, welcher der Unterſtellung Raum gibt, daß die Inkulpaten die Mittel beſaßen, dieſe Hinderniſſe zu bewältigen, oder auch nur, daß ſie die Einleitung zu ihrer Bewältigung getroffen. Im Allgemeinen ſtellt ſich daher die objectiv erwieſen vorliegende Handlungsweiſe im Vergleich zur betrügeriſchen Erlangung eines Kapitales von 12,000 fl.

Digitized by Google

nicht als die Urſache zur Wirkung dar. Sie ſteht nicht im unmittelbaren Cauſalverbande und erſcheint in Vergleichung zum endlichen Zwecke nur als ein erſtes, nicht aber als ein unmittelbar dahinführendes und dahinabzielendes Mittel. Die Unterſcheidung aber zwiſchen einer Handlungsweiſe, welche unmittelbar einen Geldvortheil bezweckt und zwiſchen einer ſolchen, die mittelbarer Weiſe zur Erlangung eines Vortheils führen kann, aber für ſich allein durchaus ungeeignet iſt, einen wirklichen Geldvortheil zu gewähren, erſcheint in ſtrafrechtlicher Bedeutung von Erheblichkeit. Unſer Strafedikt unterſcheidet zwiſchen eigennütziger Urkundenverfälſchung und zwiſchen ſolcher, welche aus andern leidenſchaftlichen Motiven gemacht werden.

Die erſtere zerfällt in drei Klaſſen:

1) Fälſchungen um in einem Rechtsſtreit den Sieg Rechtens zu erlangen.
2) Fälſchungen, zur Erlangung eines Geldvortheils;
3) und Fälſchungen zur Erlangung beſonderer Staatsvortheile.

Die zweite Klaſſe, von der hier allein die Rede ſein kann, zerfällt wieder in drei Abtheilungen:

a. Nachfertigung oder Fälſchung ächter Staatspapiere,
b. eigennützige Fälſchung von Privaturkunden
c. und Fälſchungen öffentlicher Urkunden zur Erlangung eines Geldvortheils, welcher unmittelbar durch den Betrug erworben werden ſoll.

Die letztere Bedingung iſt den beiden zu b. und c. erwähnten Abtheilungen gemeinſchaftlich.

Im vorliegenden Falle ſind zwar mehrere Privaturkunden verfälſcht und gebraucht worden, aber die Fälſchung dieſer Privaturkunden kommt nicht in ſelbſtſtändigen Betracht, denn ſie geſchah nur, um demjenigen Zwecke dienſtbar zu ſein, welchen die Fertigung und der Gebrauch der falſchen öffentlichen Urkunden hätte erreichen ſollen, nämlich zu dem Zwecke, die Zuſage eines Darleihens im Betrage von Zwölftauſend Gulden zahlbar gegen Aushändigung einer geſetzmäßigen Schuld- und Pfandverſchreibung zu erlangen. Es fragt ſich alſo vor allem, ob alle Criterien vorhanden ſeien, welche den geſetzlichen Begriff der Fälſchung einer öffentlichen Urkunde erſchöpfen?

Dieſe Frage muß verneint werden; es fehlt die weſentliche Bedingung, daß die Fälſchung der öffentlichen Urkunde einen Geldvortheil bezweckte, der unmittelbar durch den Betrug erworben werden konnte. Die bedingte Zuſage eines Darleihens, mit welcher die Fertigung und der Gebrauch der falſchen öffentlichen Urkunden allein in unmittelbarer Verbindung ſteht, begründet keinen Geldvortheil ſondern nur die Hoffnung auf einen ſolchen, oder die gerechte Erwartung, daß gegen Aushändigung einer geſetzmäßigen Schuld- und Pfandverſchreibung das Kapital von 12,000 fl. ausbezahlt werde und zu dem Geldvortheil im Betrage von zwölftauſend Gulden ſteht die falſche öffentliche Urkunde nicht in unmittelbarer Verbindung; wo aber ein weſentliches Criterium in thatſächlicher Beziehung fehlt, um den ſtrafrechtlichen Begriff einer verbrecheriſchen Handlungsweiſe zu erſchöpfen, da fehlt der objective Thatbeſtand des Verbrechens ſelbſt.

Tittmann, Handbuch der Strafrechtswiſſenſchaft §. 522.

Das Verbrechn der Urkundenfälſchung, als eine beſondere und ausgezeichnete Art des Betruges, liegt daher aus dem einfachen Grunde nicht vor, weil keine falſche öffentliche oder Privaturkunde vorhanden iſt, die unmittelbarer Weiſe geeignet wäre, einen Geldvortheil zu ſichern oder zu gewähren. Dagegen liegt vor, das Verbrechen des verſuchten Betruges, indem mit Hilfe der falſchen Urkunden Notar Dietz hätte beſtimmt werden ſollen, die Zuſage eines Darleihens zu machen. Es ſind daher beide Elemente des Betruges vorhanden, Mittheilungen falſcher Thatſachen in der Abſicht, einen unrechtmäßigen Vortheil dadurch zu erlangen, aber es iſt dieſes Verbrechen nicht vollendet, weil der Vortheil, der zunächſt in der Zuſage eines Darleihens in entfernterem Grade in der Gewinnung des Darleihens von 12,000 fl. nach der Intention der Thäter beſtehen müßte, nicht realiſirt und Niemand um einen Heller beeinträchtigt wurde. (Man ſehe Tittmann a. a. O. §. 512.)

Die Strafe des Betruges iſt willkürlich; der verſuchte Betrug wird, da noch gar keine Rechtsverletzung vorliegt, nur mit bürgerlicher Strafe zu ahnden ſein.

Der Referent adoptirte im Weſentlichen dieſe von dem Vertheidiger ausgeſprochenen Grundſätze, und beantragte mit Rückſicht auf die Größe der Summe, welche durch die Handlungsweiſe zu erlangen beabſichtiget war, ſodann mit Rückſicht auf die Beſchaffenheit der gewählten Mittel und den wohlausgedachten Plan, jeden der beiden Inkul-

Digitized by Google

paten in eine Arbeitshausſtrafe von drei Jahren zu verurtheilen.

Der Inſtructiv-Votant war anderer Anſicht. Sein Votum lautet: Es iſt erwieſen, daß von Ruf und Häſſig falſche Urkunden gefertiget und von ſolchen wirklich Gebrauch gemacht wurde und zwar zum Zwecke der Erhaltung eines Anleihens von 12,000 fl. Gleichwohl iſt aber das Verbrechen der Urkundenfälſchung nicht als vollendet anzuſehen. Denn wenn in §. 48 des Strafedicts das Verfälſchen einer Urkunde als Mittel zum Zweck eines daraus zu ziehenden unmittelbaren Geldvortheils unterſtellt wird, ſo muß man dabei doch annehmen, daß die verfälſchte Urkunde hiezu *objectiv vereigenſchaftet ſei* d. h. daß ihr Inhalt eine Lage oder ein Verhältniß hervorbrachte, auf welches hin der Getäuſchte ſein Geld wirklich hergegeben hätte. Der Inhalt der Urkunden und der zu erreichende Geldvortheil müſſen in einem *unmittelbaren Cauſalverbande* miteinander ſtehen. Dieſes iſt nun hier nicht der Fall. Notar Dietz hätte auf die bereits gefertigten und gebrauchten falſchen Urkunden das Geld noch nicht hergegeben; es war dieß auch nicht der unmittelbare Zweck derſelben, ſondern es wurde durch den Pfandbuchsauszug und durch die übrigen Urkunden nur die *Zuſage* eines Kapitalanleihens von 12,000 fl. beabſichtiget, wie ſich dieß deutlich aus dem Extracte, ſowie aus dem Begleitungsſchreiben vom 16. November 1843 ergibt, wobei insbeſondere hervorgehoben werden muß, daß im Extracte der Name des Gläubigers, zu deſſen Gunſten die Liegenſchaften verpfändet werden ſollen und der Zinsfuß gar nicht angegeben iſt und daß ein Verſprechen von Seiten des Notars Dietz noch gar nicht erfolgte. Es beſtand demnach zwiſchen dieſem und dem angeblichen Schuldner noch immer kein bindendes Rechtsverhältniß und er war noch nicht in *den* Zuſtand der Täuſchung verſetzt, daß er auf den Extract hin das Geld wirklich hergegeben hätte, ſondern es war hiezu noch viel *mehr* erforderlich, insbeſondere die Ausfertigung einer Obligation (oder Schuld- und Pfandverſchreibung), und um es ſoweit zu bringen, wäre noch manches Hinderniß zu beſeitigen geweſen. Es kann daher von einer *vollendeten* Urkundenfälſchung hier nicht die Rede ſein. Man wird aber auch nicht das fragliche Verbrechen bloß als verſuchten Betrug characteriſiren können. Wie ſchon erwähnt, ſo hatten die falſchen Urkunden nicht den unmittelbaren Zweck, dadurch die Geldanleihe zu erhalten, ſondern es wollte hiermit vorderhand nur die Zuſage einer Anleihe erlangt werden, ſo daß vor Empfang des Geldes noch eine Obligation hätte gefertiget werden müſſen. Es ſteht ſomit nicht der Geldvortheil, ſondern vielmehr die Fertigung einer Obligation im nächſten und unmittelbaren Zuſammenhange mit dem Gebrauch der falſchen Urkunden. Es ſagt auch Ruf ſelbſt, er wiſſe wohl, daß man auf den Pfandbuchsauszug noch kein Geld bekommen hätte und daß vorher noch eine Obligation gemacht worden wäre, wozu Häſſig die Formulare von einem Buchdrucker bekommen hätte und das Siegel des Amtsreviſorats hätte ſtechen laſſen. Es wurde freilich von dem Unterſuchungsrichter nicht mit der erforderlichen Genauigkeit der hier wichtige, ja wichtigſte Umſtand erhoben, wie es mit der *Fertigung der Obligation* gehalten worden wäre und welchen Antheil *hiebei* jeder der Beſchuldigten zu nehmen gehabt hätte. Man fand auch bei den Inkulpaten kein Formular zu einer Obligation und kein Amtsreviſoratsſiegel. Indeſſen läßt ſich aus einigen Aeußerungen des Ruf ſowie aus einem Briefe, worin derſelbe verſchiedene Schriftzüge nachgemacht hatte, mit aller Zuverſicht entnehmen, daß *er* bei Fertigung der Obligation gleichfalls thätigen Antheil durch Schreiben zu nehmen gehabt hätte, nur will er nicht wiſſen, wie man es mit der Unterſchrift des Amtsreviſors gehalten hätte. Zudem geht aus dem Pfandbuchsauszug, der gleichſam mit Fingern auf die Fertigung einer Obligation hindeutet, ſodann aus den an Notar Dietz geſchriebenen Briefen, wornach die Sache als höchſt dringend betrieben wird und aus dem Benehmen des Ruf und insbeſondere des Häſſig, denen die Angelegenheit nicht ſchnell genug voranging, aus all Dieſem, ſage ich, geht unwiderſprechlich hervor, daß von ihnen ſchon alle Vorbereitungen zur Fertigung der Obligation getroffen und alle fernere Hinderniſſe ſo viel möglich beſeitiget waren, ſo daß es nichts weiteres als die Zuſage des Notars Dietz bedurft hätte, um die Obligation zu fertigen und alsdann das Geld zu erhalten. Demnach war nicht bloß der Empfang einer Summe von 12,000 fl., alſo ein Betrug, ſondern auch die Fertigung einer falſchen Obligation zu dieſem Behufe, alſo eine Urkundenfälſchung beabſichtiget. Es iſt nun allgemein anerkannter Grundſatz, daß bei einer idealen Concurrenz von Verbrechen ſtets das ſchwerſte Verbrechen

Digitized by Google

in's Auge zu faſſen iſt und hiernach die That characteriſirt und beſtraft werden muß.

Art. 108, 163 der Carolina. §. 73 der Erläuterungen mit Strafedict.

Wendet man dieſen Grundſatz auf vorliegenden Fall an, ſo ſtellt ſich das Verbrechen nicht ſowohl als verſuchter Betrug, ſondern vielmehr als verſuchte Urkundenfälſchung dar, und es erſcheint daſſelbe nach ſeiner phyſiſchen Beſchaffenheit als begonnene verhinderte That, da die Inculpaten dadurch an Vollführung des beabſichtigten Verbrechens verhindert wurden, daß Notar Dietz bei dem Bürgermeiſter in R. über die Verhältniſſe des Johann Dietſche nähere Erkundigungen einzog, und auf die von dem Bürgermeiſter erhaltene Antwort von dem Vorfalle dem Amte Anzeige machte. Als bloß vorbereitete That kann die Handlung nicht angeſehen werden, weil dieſelbe durch das Nachmachen von Schriften und den Gebrauch falſcher Siegel ſchon bis zu einem, zum Thatbeſtande des Verbrechens gehörigen Moment vorgerückt war. *) Zudem war die Sache ſo fein angelegt, daß von Notar Dietz, alſo von einem ſachkundigen Manne, die beabſichtigte Täuſchung nicht wahrgenommen wurde, und ohne Zweifel das Vorhaben der Inculpaten zur Ausführung gekommen wäre, wenn man auf dem Poſtbureau die von der Frau des H. vorgewieſene Vollmacht gleich angenommen hätte.

Erwägt man nun, daß eine Obligation unſtreitig eine öffentliche Urkunde iſt, daß auch ein Auszug aus dem Grund- und Pfandbuch als eine ſolche erſcheint, dagegen die übrigen Urkunden nur als Privaturkunden betrachtet werden müſſen, da der Bürgermeiſter von R. durch eine Verwendung zum Behuf einer Anleihe kein wirkliches Dienſtgeſchäft, ſondern bloß eine Privatangelegenheit beſorgte, erwägt man ferner, daß die Fertigung aller dieſer falſchen Urkunden nur eine That ausmacht da alle zu einem und demſelben Zwecke geſchrieben wurden, ſo träfe die Inculpaten eine Zuchthausſtrafe von mehr als 40 Jahren, im Falle ſie wirklich die Obligation gefertiget und davon Gebrauch gemacht hätten, wenn auch das Geld nicht ausbezahlt worden wäre. Denn das Verbrechen der Urkundenfälſchung iſt vollendet, ſobald von der Urkunde Gebrauch gemacht wird, daher bei der Strafberechnung nicht der erhaltene Geldbetrag, ſondern der durch die Fälſchung bezweckte Geldvortheil, alſo hier die Summe von 12000 fl., als Maßſtab angenommen werden muß. §. 48 des Strafedicts. Uebrigens wird auch hier die Verordnung vom 8. Februar 1821 analog anwendbar ſein, wornach die Strafe bei dem Diebſtahl durch die Markenberechnung nie über 10 Jahre ſteigen ſoll. Es handelt ſich hier aber bloß um einen Verſuch, der als begonnene verhinderte That betrachtet, mit einer peinlichen Strafe zu belegen iſt, §. 91 der Erläuterungen zum Strafedict. Unter den obwaltenden Umſtänden, die oben entwickelt ſind, wird eine Zuchthausſtrafe bis zu 4 Jahren der That angemeſſen und dieſe Strafe gegen jeden der beiden Inculpaten, Ruf und Häßig, zu erkennen ſein.

Ich ſtelle ſomit den Antrag, den Ruf und Häßig der

---

*) Ein bedungenes Unterpfand kann hierlands nur durch eine Staatsſchreibereiurkunde beſtellt werden, welche an eine beſtimmte Form gebunden iſt. Zu dieſem Behufe hat die Pfandſchreiberei dem Amtsreviſorat einen Verlagsſchein in doppelter Ausfertigung vorzulegen, L.R.S. 1319, 2127 und 2127a., Rgblt. von 1809 Nr. 53, S. 501 und Rgbltt. von 1830, Nr. 9, S. 92.

Da ſchon der Verlagsſchein eine öffentliche Urkunde iſt, ſo werden alſo zu einer gültigen Conventionalhypothek zwei öffentliche Urkunden von verſchiedenen Behörden erfordert. Der Verlagsſchein bildet die Grundlage der Pfandurkunde. Iſt dieß richtig, ſo bereitet derjenige, welcher einen Verlagsſchein zum Zweck eines Betrugs in gewinnſüchtiger Abſicht fälſcht und davon, um die Zuſage des Darleihers zu erhalten, Gebrauch macht, das Verbrechen der weiteren Fälſchung einer öffentlichen Urkunde vor, welche zur Erreichung des vorgeſteckten Zweckes nöthig iſt, weil das auf den Verlagsſchein hin zugeſagte Darlehn erſt gegen Aushändigung der Pfandurkunde (wie es auch das hiefür vorgeſchriebene Formular will) ausbezahlt wird. Durch die gedachte Vorbereitung haben ſich die Angeſchuldigten bloß eines entfernten Verſuchs ſchuldig gemacht, da die Pfandurkunde (in Ermangelung einer Zuſage von Seiten des Darleihers) noch nicht gefertigt, geſchweige denn producirt war. Es iſt daher zu weit gegangen, wenn ein Votant dieſen Verſuch als begonnene verhinderte That anſah, weil ja nur die Vorbereitung dadurch verhindert ward, daß der Darleiher die Falſchheit des Verlagsſcheins in Erfahrung brachte und eben deßhalb nicht einmal eine Zuſage ertheilte. Hätte er ſich aber auf den Verlagsſchein eingelaſſen, das Capital verſprochen und vor deſſen Ausfolgung die Falſchheit der ihm vorgelegten Pfandurkunde erkannt, ſofort durch Innbehaltung des Geldes den Betrug vereitelt, dann wäre allerdings eine begonnene verhinderte That vorhanden. Da jedoch das Unternehmen der Inculpaten noch nicht ſo weit gediehen war, ſo kann daſſelbe nur als vorbereitete That in Betracht kommen. D. R.

Digitized by Google

verſuchten Urkundenfälſchung für ſchuldig zu erklären und deßhalb jeden in eine Zuchthausſtrafe bis zu vier Jahren zu verurtheilen.

Eventuell ſtelle ich den Antrag, jeden dieſer beiden in eine Arbeitshausſtrafe bis zu drei Jahren zu verfällen, wenn man nämlich die That blos als verſuchten Betrug oder als verſuchte Urkundenfälſchung, jedoch nur als vorbereitete That anſieht, für welch letzteres außer der oben angegebenen Beſchaffenheit des Extracts ſich noch anführen läßt, daß derſelbe mit einem Datum, mit Angabe des Bands, der Nummer und der Seite des Pfandbuchs nicht verſehen und in dem Begleitungsſchreiben nur Schatzungsſchein genannt iſt, ſomit nicht als eigentlicher Auszug des Pfandbuchs erſcheint. —

Die Majorität des Collegiums fand in dem Unterſuchungsfactum gleichfalls eine verſuchte Urkundenfälſchung, jedoch aus den eben angegebenen Gründen bloß eine vorbereitete That, und es erging hiernach von dem Hofgerichte des Oberrheinkreiſes am 31. Mai 1844 das Urtheil dahin: daß Häßig und Ruf der verſuchten Urkundenfälſchung für ſchuldig zu erklären und jeder zu einer Arbeitshausſtrafe von drei Jahren zu verurtheilen ſei.

Dieſes Erkenntniß wurde auf den, von Häßig hiegegen ergriffenen Recurs durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 21. September deſſelben Jahres lediglich beſtätiget.

Das Großherzogl. Oberhofgericht ſprach ſich über die Qualification des Verbrechens nicht mit völliger Beſtimmtheit aus, doch läßt ſich aus den Entſcheidungsgründen zu dem Urtheile entnehmen, daß der höchſte Gerichtshof mehr die Anſicht des hofgerichtlichen Inſtructivvotanten, als jene der Majorität theilte. In den oberhofgerichtlichen Entſcheidungsgründen iſt nämlich geſagt:

Was zunächſt die Frage betrifft, ob die Handlung, deren der Recurrent angeſchuldigt iſt, als Verſuch einer Urkundenfälſchung, oder als Verſuch eines Betrugs erſcheint, ſo iſt die Erörterung dieſer Frage hier darum unerheblich, weil jedenfalls außer Zweifel iſt, daß mittelſt Fertigung und Gebrauch falſcher Urkunden, welche zum Theil öffentliche waren, der Verſuch gemacht wurde, ein Kapitalanleihen von 12,000 fl. zu erhalten, mithin der Verſuch eines Betruges unzweifelhaft vorliegt.

Da nun, wenn man auch annehmen wollte, daß bei der Bezeichnung des Verbrechens als Verſuch der Urkundenfälſchung eine peinliche Strafe hätte erkannt werden ſollen, hier dennoch eine andere, als die auf einen gewöhnlichen Verſuch eines Betrugs zu erkennende Strafe nicht ausgeſprochen wurde, ſo iſt es bei der dermaligen Lage der Sache nicht von Erheblichkeit, ob man in der dem Recurrenten zur Laſt gelegten Handlung eine vollendete, oder eine bloß verſuchte Urkundenfälſchung, oder endlich nur einen verſuchten Betrug erblickt, weil ein verſuchter Betrug und zwar mittelſt Fertigung und Gebrauchs falſcher Urkunden unbeſtreitbar vorliegt, in der bloßen Bezeichnung des Vergehens als verſuchte Urkundenfälſchung mithin eine Beſchwerde für den Recurrenten niemals gefunden werden kann.

Auch die erkannte Strafe kann unter den obwaltenden Verhältniſſen eine Beſchwerde für den Recurrenten nicht bilden.

Geht man nämlich von der Anſicht des Großherzogl. Hofgerichts aus, daß hier zwar keine Urkundenfälſchung vorliege, welche nach §. 48 b. des Strafedicts ohne Rückſicht darauf zu beſtrafen war, ob ein Vortheil durch den Gebrauch der falſchen Urkunden ſchon bezogen war, oder nicht, weil durch dieſelben ein unmittelbarer Geldvortheil noch nicht habe erworben werden können, daß aber der Verſuch einer Fälſchung in dieſem Sinne vorhanden ſei, daß wirklich falſche Urkunden gefertigt wurden, welche den Bezug eines unmittelbaren Geldvortheils vorbereiten ſollten, ſo wäre dieſer Verſuch eines bei ſeiner Vollendung mit peinlicher Strafe bedrohten Vergehens in ſo ferne auch peinlich zu beſtrafen geweſen, weil hier offenbar keine bloß vorbereitete, ſondern eine ſchon weit gediehene, blos durch die Anzeige des Notars Dietz verhinderte That vorläge, für welche, im Falle der Zweck erreicht worden wäre, bei der Größe der Summe des Kapitals, das betrügeriſcher Weiſe erworben werden ſollte, eine Zuchthausſtrafe von mindeſtens 10 Jahren erkannt werden mußte, ſo erſchiene eine dreijährige Zuchthausſtrafe für den gemachten Verſuch keineswegs zu hoch, da dieſer fein angelegt war, und die Fertigung einer falſchen Urkunde für dieſe Thäter wohl keine größeren Schwierigkeiten geboten hätte, als jene des falſchen Pfandbuchsauszuges, welcher ſo täuſchend gefälſcht iſt, daß auch ein geübter Geſchäftsmann ſeine Fälſchung nicht zu erkennen vermag. Die erkannte dreijährige Arbeitshausſtrafe iſt daher, wenn man von dem oben erwähnten Geſichtspunkte ausgeht, keine zu harte. (Schluß folgt.)

Digitized by Google

II.

Ueber relative und abſolute Nichtigkeiten, insbeſondere über §. 84 der Proceßordnung.

Einen Mangel, welcher von Jedem, der daran Intereſſe hat, als Nichtigkeit geltend gemacht werden kann, heißt man bekanntlich eine abſolute Nichtigkeit, im Gegenſatz der nur beſtimmten Perſonen zuſtehenden Nichtigkeit, die man relative nennt. Was Zachariä in ſeinem Handbuche über das franzöſiſche Civilrecht Bd I., §. 37 rückſichtlich dieſer Unterſcheidung bemerkt, daß ſich keine allgemeine Regel aufſtellen laſſe, nach welcher man den Nichtigkeiten entweder die eine oder die andere Eigenſchaft beizulegen hätte, daß man vielmehr bei jeder einzelnen Nichtigkeit, welcher die Geſetze nicht ausdrücklich die eine oder die andere Eigenſchaft beilegen, die Frage nach dem Grunde zu entſcheiden habe, kann auch für das Proceßrecht als maßgebend betrachtet werden. Darnach ſollte man es kaum für zweifelhaft halten können, daß die in §. 84 der Pr.-Ord. berührte Nichtigkeit als eine abſolute anzuſehen ſei, da der Wortlaut ſowohl, als der Grund des Geſetzes dafür zu ſprechen ſcheint. Geachtete Autoritäten (Trefurt im IV. Jahrg. der Annalen S. 216 und von Kettennaker im Jahrg. IX. der Ann. S. 341) haben ſich auch für dieſe Auslegung des Paragraphen erklärt und damit ſtand meines Wiſſens bisher die Praxis im Einklang. Es hat jedoch Stabel in den Blättern für Juſtiz, Bd. II. S. 144 die Anſicht aufgeſtellt, daß unter den Worten „jedem Betheiligten" nur die ayans-cause des Rechtsunfähigen (L.R.S. 1124) zu verſtehen ſeien; und auf die Beſtreitung dieſer Auslegung in meiner Schrift über die Rechtsmittel ſpäter in ſeinen Vorträgen über den bürgerl. Proceß, S. 110 dieſe Anſicht in einer Weiſe vertheidigt, welche eine Erwiderung nöthig macht. Nach Aufſtellung des — allerwärts unbeſtrittenen — allgemeinen Satzes: „Eine relative Nichtigkeit könne nur von demjenigen geltend gemacht werden, in Anſehung (zu Gunſten) deſſen die Nichtigkeit angedroht ſei" wird ſofort geſagt: „daß gleichwohl in meiner citirten Schrift auch dem unterlegenen Gegner die ſonſt aus einleuchtenden Gründen für frivol gehaltene Beſchwerdeführung zugeſtanden werden wolle." Hiernach wird mir alſo die Behauptung unterlegt: „daß die Nichtigkeit, welche das Geſetz nur beſtimmten Perſonen (relativ) eingeräumt hat, auch Andern zuzugeſtehen ſei." Eine ſolche Ungereimtheit zu behaupten, iſt mir aber ſo wenig in den Sinn gekommen, als jenen beiden Praktikern, mit welchen ich den Irrthum theilen ſoll. Die von mir vertheidigte Meinung iſt vielmehr, wie Jeder beim Nachſehen in meiner Schrift leicht finden wird, einfach die: der §. 84 gebe nicht bloß dem Rechtsunfähigen (beziehungsweiſe den mit ihm eine juriſtiſche Perſon Darſtellenden), ſondern, weil „jedem Betheiligten," ſo auch der Gegenpartei im Streit das Recht, den Mangel oder die Nichtigkeit geltend zu machen. Den Unterſchied zwiſchen beiden Behauptungen darf ich wohl nicht erſt klar machen.

Wenn man jene Bemerkung lieſt, möchte man glauben, daß meine Anſicht und jene des Verfaſſers der „Vorträge" in ihren Ergebniſſen ſehr verſchieden ſein müſſen. Und doch herrſcht darin ſonderbarer Weiſe, irre ich nicht ſehr, zwiſchen uns beiden kaum ein practiſcher Unterſchied. Nachſtehende Bemerkungen, welche die früher nur angedeuteten Gründe meiner Anſicht näher entwickeln ſollen, werden zeigen, daß die ſcheinbare Verſchiedenheit auf einem Mißverſtändniß beruht, welches in einer verſchiedenen Anſicht über die Geltendmachung der Nichtigkeiten ſeinen Grund hat.

Ich bin zwar hinſichtlich der Frage: wer den im §. 84 berührten Mangel geltend zu machen berechtigt ſei, welche von der Frage: wie? wohl zu trennen iſt, fortan noch der Meinung, daß ſchon der Wortlaut des Paragraphen die dieſſeitige Auslegung ſo entſcheidend rechtfertige, daß gar kein Bedürfniß, ſich nach vorhandenen Gründen umzuſehen, vorliege. Wer könnte denn wohl mehr betheiligt ſein bei dem Mangel der Rechtsfähigkeit der Gegenpartei, als der Beklagte im Streit, um deſſen Intereſſe es ſich doch offenbar in nicht geringerem Maaße handelt, als um jenes des rechtsunfähigen Klägers?? Und wozu die Reſtriction in dem Schluſſe des Paragraphen, wenn unter den „Betheiligten" nur die ayans-cause verſtanden wären, welche die Handlung (ſpätere Einwilligung) deſſen, mit dem ſie eine rechtliche Perſon darſtellen, ſchon von ſelbſt nach den allgemeinen Rechtsbegriffen bindet?

Wenn aber auch nicht ſchon der Wortlaut und die Faſſung des Paragraphen die Frage ſo klar entſchiede, ſo würde man auch nach dem Grunde des Geſetzes zu dem gleichen Ergebniß gelangen. Wenn man als Hauptargu-

Digitized by Google

ment für die gegentheilige Meinung ſich auf die SS. 1125 und 6. o. des Landrechts beruft, ſo hat man dabei zweierlei überſehen, einmal, daß man, auch abgeſehen davon, daß gerade das Berufen auf das Landrecht im vorhergehenden §. 82 beim §. 84, in welchem das gleiche Berufen vermieden wird, hier dem Ausleger das Herbeiziehen des Landrechts zu verbieten ſcheint, ſchon nach allgemeinen Grundſätzen der Hermeneutik zunächſt die Interpretation einer zweifelhaften Stelle eines Geſetzes in dieſem Geſetze ſelbſt zu ſuchen hat, ehe man auf ein anderes Geſetz recurrirt; und daß zweitens das Herbeiziehen des andern Geſetzes um ſo weniger angeht, wenn, wie dieß hier wirklich der Fall iſt, trotz der Aehnlichkeit der Diſpoſition ſelbſt, die Gründe und Vorausſetzungen in den Geſetzen verſchieden ſind. Nun erſcheint aber in der That der Mangel der Rechtsfähigkeit im Proceßrecht hinſichtlich ihrer Wirkung in einem ganz andern Lichte als im Civilrecht. In dieſem hat der rechtsfähige Contrahent freie Wahl, er kann ſich vorſehen; kontrahirt er aber dennoch mit dem Rechtsunfähigen, ſo büßt er, falls er Schaden nimmt, nur die Folgen ſeiner eigenen freien Handlung und hat daher keinen Anſpruch auf den beſondern Schutz des Geſetzes, es fehlt aller Grund dazu. Ganz anders im Proceßrecht; der Rechtsfähige, welcher von einem Rechtsunfähigen mit einer Klage belangt wird, muß antworten, wenn er ſich nicht den Nachtheilen des Schweigens und der Rechtskraft einer ihm drohenden Entſcheidung ausſetzen will. Während das Proceßgeſetz zum Zwecke hat, dem wirklich Berechtigten zu ſeinem Rechte zu verhelfen, muß es zugleich dafür Sorge tragen, daß der Schuldige nur dem wirklich Berechtigten und zur Verfolgung des Rechts Legitimirten Rede zu ſtehen habe reſp. das Schuldige zu leiſten verurtheilt werde, und daß er, einmal verurtheilt, wegen derſelben Verbindlichkeit nicht nochmals belangt und verurtheilt werden könne, d. h. daß er durch die Rechtskraft gegen die doppelte Anforderung geſchützt werde, daß er z. B. nicht, nachdem er dem entmündigten Verſchwender oder Minderjährigen kraft Verurtheilung Zahlung geleiſtet, auf die Klage des Curators (Vormunds) nochmals an dieſen bezahlen müſſe. Um dem Schuldner deßfalls einen wirkſamen Schutz zu verleihen, hat die Proceßordnung demſelben nicht allein die Befugniß ertheilt, dem zur Verfolgung nicht Berechtigten oder Rechtsunfähigen bis zum Endurtheil gerichtlich den deßfallſigen Mangel entgegenzuhalten und zwar nach Belieben und Geſtalt der Sache die Einlaſſung in der Sache ſelbſt vorerſt zu verweigern oder (eventuell) ſolche damit zu verbinden; ſondern auch, wenn er die Einrede, ſei es in dem beſondern Erkenntniſſe darüber, oder in der zugleich in der Sache ſelbſt zu ſeinem Nachtheil gegebenen Entſcheidung, nicht gerecht gewürdigt findet, durch Berufung den höhern Richter, ſelbſt ohne Rückſicht auf die Summe, anzugehen. §§. 296, 297, 302, 308, 1175 2. Alles dieß iſt unbeſtreitbar und auch vom Herrn Gegner nicht beſtritten (Blätter für Juſtiz S. 144). Was iſt dieß aber anders als die Anwendung und nähere Entwickelung des im §. 84 Ausgeſprochenen? Nur dieſes aber habe ich als den Sinn des §. 84 bezüglich auf die Gegenpartei des Rechtsunfähigen behauptet. Man ſagt freilich, dieß falle nicht unter den Begriff der Anfechtung eines Verfahrens, die Proceßordnung habe hier vielmehr ein beendigtes Verfahren im Auge, deſſen Gültigkeit in Frage geſtellt werde. Dieſe Behauptung ſcheint mir jedoch willkührlich; ein noch nicht beendigtes Verfahren iſt auch ein Verfahren und jedenfalls wäre nicht einzuſehen, warum nicht wenigſtens ein bis zum Erkenntniß gediehenes Verfahren darunter begriffen ſein ſollte. Faßt man aber den §. 84 ſo auf, daß er nur ein beendigtes Verfahren vor Augen habe, ſo iſt ja aus meiner Schrift (Seite 118) zu erſehen, daß auch ich der rechtsunfähigen Partei und nur dieſer die Geltendmachung der Nichtigkeit in derſelben (unbeſchränkten) Weiſe, wie der Herr Gegner, wenn gleich aus andern Gründen, einräume, keineswegs aber auch der rechtsfähigen Gegenpartei, welche ich vielmehr auf die obenbezeichneten Wege innerhalb des Proceſſes beſchränke. Eben deßhalb erſcheint aber der mir gemachte Vorwurf auch von dieſem Standpunkte aus als unbegründet. Damit komme ich auf die obige Bemerkung zurück, daß die Verſchiedenheit nicht das Reſultat betrifft, ſondern ſich nur auf die allerdings beſtehende theilweiſe Divergenz unſerer Anſichten über die Art der Geltendmachung der Nichtigkeiten reduzirt, worüber S. 111 ff. meiner Schrift das Nähere zu finden iſt. Dieſe Frage berührt jedoch die Auslegung des §. 84 nicht mehr, weßhalb ich auch hier darauf weiter nicht eingehe.

Zentner.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 30. Karlsruhe den 25. Juli 1846.

I.

Hofgericht des Oberrheinkreiſes und Oberhofgericht.

Criminalrechtsfall über Betrug und Urkundenfälſchung.

(Schluß).

Betrachtet man aber die dem Recurrenten zur Laſt liegende Handlung als Verſuch eines Betruges, ſo iſt auch für einen ſolchen die erkannte Strafe nicht zu hoch, weil auch hier die Größe des durch den Betrug, beziehungsweiſe die gefälſchten Urkunden bezweckten Geldvortheils, nach Analogie der Diebſtahlsſtrafe den Maßſtab der Strafdauer geben muß, bei der bedeutenden Summe von 12,000 fl. aber, welche durch den Betrug erworben werden ſollte, eine geringere, als die erkannte Strafe nicht wohl ausgeſprochen werden konnte, da ſie immerhin noch um mehr als zwei Drittheile weniger, als die für den vollendeten Betrug zu erkennende Strafe ausmacht. —

So viel über die Beurtheilung dieſes Rechtsfalles nach unſerm jetzigen Strafgeſetze, und ich habe in dieſer Beziehung nur noch zu bemerken, daß ſpäter in einem ganz ähnlichen Falle von dem Plenum des Hofgerichts des Oberrheinkreiſes die oben ausgeführte Anſicht des Inſtructivvotanten als die richtige angenommen wurde.

Wie iſt aber dieſer Fall nach dem neuen Strafgeſetze zu beurtheilen?

Die Lehre von der Urkundenfälſchung hat nämlich in dem neuen Strafgeſetze eine weſentliche Abänderung erlitten. Unſer jetziges Strafgeſetz fordert, wie ſchon oben erwähnt, im §. 48 des Strafedicts zum Thatbeſtande der Urkundenfälſchung, daß die Urkunde geeignet ſei, unmittelbar daraus einen Geldvortheil zu gewinnen, und daß zu dem Zwecke dieſer unmittelbaren Beziehung des Geldvortheils davon Gebrauch gemacht wurde. Abweichend hievon geht die Beſtimmung des neuen Strafgeſetzes im §. 423, 430 nicht bloß auf Fälſchungen von Urkunden, welche als Beweismittel über Rechte und Verbindlichkeiten erſcheinen und geeignet ſind, *für ſich allein* eine Rechtsverletzung (Rechtsbeugung) zu bewirken, ſondern auch auf die Fälſchungen ſolcher Urkunden, die zur Beglaubigung und Unterſtützung anderer Vorſpiegelungen gebraucht werden, ohne daß durch ſie allein ein Betrug bewirkt werden könnte. Dieſer Sinn folgt aus der allgemeinen Faſſung des §. 423, namentlich aus den Worten: „zum *Zwecke* der Verübung eines Betrugs," ohne die Beſchränkung auf *unmittelbare* Verübung, es muß alſo auch die mittelbare darunter fallen. Er folgt ferner daraus, daß es heißt: „*insbeſondere* zur Begründung oder Entkräftung von *Rechtsanſprüchen*," weil ſonſt das Wort „*insbeſondere*" fehlen müßte. Nach dem neuen Strafgeſetzbuche ſind alſo zum Thatbeſtande der Urkundenfälſchung nicht ſolche falſche Urkunden nothwendig, welche für ſich allein Rechte und Verbindlichkeiten beweiſen, und wodurch unmittelbar der betrügeriſche Zweck erreicht werden ſoll, oder welche, wie Eſcher in dem oben erwähnten Werke Seite 397 ſagt, *durch ſich ſelbſt eine Entſtehung oder Aufhebung von Rechten oder Verbindlichkeiten* bewirken, ſondern es genügen überhaupt alle falſchen Urkunden, welche nur dazu dienen, anderen betrügeriſchen Vorſpiegelungen Nachdruck zu geben.

Vergl. Commiſſionsbericht über den 31. Titel des Strafgeſetz-Entwurfs in der II. Kammer, erſtattet von *Aſchbach*.

Gleichwohl aber wird auch nach dieſem Geſetze im vor-

Digitized by Google

liegenden Falle die Urkundenfälſchung *nicht als vollendet* angeſehen werden können. Denn wenn das Geſetz zum Thatbeſtande des Verbrechens der Urkundenfälſchung den *Gebrauch einer falſchen Urkunde zum Zwecke der Verübung eines Betruges in gewinnſüchtiger Abſicht* verlangt, ſo wird man doch annehmen müſſen, daß die Urkunde als Mittel zum Zwecke gebraucht werde, d. h. daß der Verbrecher die Abſicht habe, mit der Urkunde ſelbſt den Betrug wirklich zu vollführen. Dieſes iſt nun hier nicht der Fall. Wie ſchon oben gezeigt, ſo ſollte mit Hülfe der ſchon gebrauchten Urkunden der Betrug nicht vollführt, nämlich nicht der Empfang des Geldes, ſondern nur die *Zuſage* zu einer Anleihe bewirkt werden. Durch eine Zuſage wäre jedoch nicht einmal der *Darleihvertrag* abgeſchloſſen geweſen, denn dieſer Vertrag iſt ein Realvertrag, der erſt durch die wirkliche Leiſtung vollgültig wird. Um das Darleihen wirklich zu erhalten, hätte es noch einer förmlichen Schuld- und Pfandurkunde bedurft, wie einer der Angeſchuldigten ſelbſt erklärt. Eine ſolche Schuld- und Pfandurkunde war aber noch nicht gefertiget, und jedenfalls war noch nicht davon Gebrauch gemacht. Es wird deßhalb die hier vorliegende verbrecheriſche Handlung auch nach dem neuen Strafgeſetze als *Verſuch* zu betrachten ſein, da nicht alle zum Thatbeſtande einer Urkundenfälſchung gehörigen Erforderniſſe vorhanden ſind. §. 423, 430, 106.

Die ſtrafbaren Verſuchshandlungen ſind nach dem neuen Strafgeſetze von zweifacher Art. Sie bilden nämlich nach der Terminologie des Geſetzbuches einen *beendigten* und *nicht beendigten* Verſuch. Sodann gibt es aber auch noch *Vorbereitungshandlungen*, die jedoch, inſofern nicht beſondere Geſetze für gewiſſe Fälle das Gegentheil anordnen (z. B. §§. 122, 129, 594, 630), keiner Strafe unterliegen. Die Begriffsbeſtimmungen dieſer verſchiedenen Uebertretungsarten ſind in §. 106—108 feſtgeſtellt. Und hiernach iſt der *Verſuch* im Allgemeinen eine Handlung, wodurch die *Ausführung* eines beabſichtigten Verbrechens *angefangen* worden iſt §. 106. *Der beendigte Verſuch* iſt eine That, wobei der Thäter Alles gethan hat, was von ſeiner Seite zur Vollendung des beabſichtigten Verbrechens nothwendig war, jedoch der zum Begriffe des vollendeten Verbrechens erforderliche Erfolg durch andere dazwiſchen getretene Umſtände, welche ihren Grund nicht in ſeinem Willen, noch in ſeiner eigenen Handlungsweiſe hatten, abgewendet worden iſt §. 107. Und die *Vorbereitung* iſt eine Handlung, wodurch die Ausführung eines beabſichtigten Verbrechens erſt *vorbereitet*, aber *noch nicht angefangen* wurde §. 108. Es iſt alſo der *nicht beendigte Verſuch* eine That, wodurch die Ausführung eines beabſichtigten Verbrechens angefangen worden iſt, aber der Thäter noch nicht alles gethan hatte, was von ſeiner Seite zur Vollendung des Verbrechens nothwendig war.

Die hier vorliegende Handlung der Inkulpaten kann nun nicht als bloß *vorbereitete That* angeſehen werden, da, wie ſchon oben ausgeführt, die Handlung ſchon bis zu einem zum Thatbeſtande des Verbrechens der Urkundenfälſchung gehörigen Moment vorgerückt oder, um in der Sprache des Geſetzbuches ſich auszudrücken, die Ausführung des beabſichtigten Verbrechens *ſchon angefangen* war. Dagegen erſcheint die That auch nicht als *beendigter Verſuch*; denn die Angeſchuldigten haben noch nicht alles gethan, was von ihrer Seite zur Vollendung des beabſichtigten Verbrechens nothwendig war, ſie haben namentlich die Schuld- und Pfandurkunde noch nicht gefertiget gehabt, wenigſtens iſt nicht hergeſtellt, daß die That ſchon bis zur Fertigung einer ſolchen Urkunde gediehen war. Es wird ſomit die Handlung der Inkulpaten als *nicht beendigter Verſuch* zu betrachten ſein.

Deßhalb wäre hier mit Rückſicht auf die *Bösartigkeit* des verbrecheriſchen Willens der mit *ſchlechtem Leumund* verſehenen Inculpaten, ſo wie auf die *Schädlichkeit* und *Gefährlichkeit* der Handlung insbeſondere mit Rückſicht darauf, daß die That mit *beſonderer Liſt* und *Feinheit* angelegt, auch ein *ſehr großer Geldvortheil* bezweckt war, nach dem neuen Strafgeſetze gegen jeden der Inculpaten, eine Zuchthausſtrafe von 2—3 Jahren zu erkennen geweſen. §§. 112, 113, 125, 126, 150, 423, 424.

Haager.

II.

Von dem Vorzugsrechte der Koſten der letzten Krankheit.

Sit venia verbo.

Der Aufſatz in Nr. 13 dieſer Annalen über die Vorzugsrechte der Koſten der letzten Krankheit hat den Unterzeichneten zu Betrachtungen geführt, welche er dem Be-

Digitized by Google

denken der Sachkundigen auf demſelben Wege zu unterwerfen ſich nicht enthalten kann.

Es iſt nämlich dort geſagt, daß der L.R.S. 2101 3. ſo wie er in die Geſetzbücher aufgenommen ſeie, der hiſtoriſchen Grundlage eigentlich entbehre, indem bewieſen wird, daß das römiſche Recht dieſen Vorzug nicht kenne, daß dieſe Beſtimmung jedoch in der Art in den Gerichtsgebrauch gekommen ſeie, daß ſie nicht wohl angegriffen werden könne.

Sodann wird zu dem Schluſſe übergegangen, daß dieſes Vorzugsrecht in der That kein anderes ſeie, als das durch die römiſchen Geſetze den Leichenkoſten verliehene, ſomit natürlich der Kranke geſtorben ſein müſſe, wenn die Koſten der letzten Krankheit des Vorzugsrechtes genießen ſollten, und endlich noch weiter ausgeführt, daß im Colliſionsfalle die Leichenkoſten dieſen Koſten der letzten Krankheit vorzuſetzen ſeien.

Endlich wird in Bezug auf das badiſche Landrecht daraus, daß der C. c. dieſes beſtehende Vorrecht ohne Bemerkung aufgenommen, weiter der Schluß gezogen, daß daſſelbe ſo zu verſtehen ſeie, daß der Tod des Schuldners das Vorzugsrecht bedinge.

Bei jedem Geſetze müſſen wir uns wohl die obſchwebenden Verhältniſſe denken, und von dieſen auf die Motive ſchließen, welche daſſelbe hervorgerufen haben. Nach dem natürlichen Gang der Dinge wird man alſo in allen Fällen, wo der Buchſtabe des Geſetzes eine verſchiedene Deutung zuläßt, ſich in die Motive hineindenken, und von dieſen auf den concreten Fall ſeine Schlüſſe machen. Außerdem kann der Richter zur Analyſe eines Geſetzes zu den Sammlungen früherer Zeiten zurückgreifen, aber ſicher nicht, um, wenn er eine Art von Analogie aufgefunden hat, ſeinen Fall in dieſelbe hineinzuzwängen, ſondern um aus dieſer Analogie im Geiſte der Geſetzgebung und auf paſſende Weiſe eine Anwendung zu ziehen.

In dem fraglichen Falle wird behauptet, daß dem Geſetze die hiſtoriſche Grundlage mangle, indem ein Zuſammenhang dem Sinn und Weſen nach nicht denkbar ſeie.

Daß daſſelbe jedoch demungeachtet in dem Gebrauche ſo feſtgewurzelt iſt, daß man es nicht wohl angreifen könne, wie jener Aufſatz ausſpricht, hierin liegt nothwendig eine Inconſequenz; denn ſobald der Beweis richtig iſt, daß die Koſten der letzten Krankheit in jenen römiſchen Geſetzesſtellen nicht gemeint ſeien, ſo kann ſich der Richter nicht mehr darauf berufen, und es müßte folgerecht das ganze Vorzugsrecht entweder verloren gehen, oder es müßte dem Richter unbenommen bleiben, den Ausdruck des Geſetzes zu deuten, wie es die Humanität, der geſunde Menſchenverſtand, und die natürlichen Verhältniſſe der Dinge mit ſich bringen

Mag Mancher entgegnen, eine feſtgeſetzte Ordnung der Dinge könne von der Willkür Einzelner nicht abhängen; ſo iſt das ganz in der Ordnung; allein in dem Falle, in welchem ſich nothwendig die innerſten Gefühle ſträuben müſſen, ſich auf ein Geſetz zu berufen, deſſen hiſtoriſche Baſis und deſſen Entſtehung eingeſtandenermaßen auf einem Irrthum beruhen, kann dieſes unmöglich als bindende Nothwendigkeit angeſehen werden.

Haben aber die ſpäteren Juriſten demungeachtet das Geſetz aufgenommen, ſo iſt unmöglich abzuſehen, wie weit überhaupt die Koſten der letzten Krankheit in ihrem vollen Sinne des Wortes gemeint ſein ſollten. Die Ausleger im entgegengeſetzten Sinne haben ebenſo jene Geſetzesſtellen zu Grunde gelegt.

Wenn weiter der C. c., wie wir erfahren, dieſes Vorzugsrecht ohne die geringſte Andeutung irgend einer Neuerung aufgenommen haben ſoll, daher dieſem Uebergehen einer näheren Discuſſion der Sinn unterlegt wird, als ſeie von ſelbſt verſtanden, daß damit die Meinung des Verfaſſers des Aufſatzes in Nr. 13 dieſer Annalen ausgeſprochen ſei, ſo iſt dieſes eine Behauptung, über welche ſich noch ſprechen ließe, welche aber an der Lage der Dinge abermals nichts ändert.

Ferner liegt in dem Schluſſe, daß die Leichenkoſten im Colliſionsfall den Koſten der letzten Krankheit unbedingt vorzuſetzen ſeien, wieder eine Inconſequenz, welche beweiſt, wie unſicher die ganze Behandlung des Gegenſtandes iſt. In dem Sinne der römiſchen Geſetzesſtellen, auf welche ſich als Grundlage bezogen wird, ſind dieſelben als Theil des Begräbniſſes neben dieſen Koſten aufgeführt; daher wird wieder von jenen Stellen abgegangen, ſobald man ſie weſentlich unterſcheidet.

Endlich muß man doch fragen, wie es komme, daß man unter den Koſten der letzten Krankheit eigentlich nur die ärztlichen Deſerviten verſtehe, und der Richter unbedenklich den Koſten der Pflege und des Apothekers das Vorzugsrecht zuerkenne, wo er aus dem in Rede ſtehenden Grunde die ärztlichen Deſerviten in die letzte Claſſe ver-

Digitized by Google

weiſt. Dieſe Inconſequenz iſt um ſo auffallender, da in dem römiſchen Geſetze dem Sinn und Wortlaut nach gerade dieſer Aufwand und beſonders die Apothekerkoſten gemeint wären. Soll der Unterſchied in den verſchiedenen Koſten der letzten Krankheit etwa darauf beruhen, daß der Arzt keine baaren Auslagen habe? Hat der Arzt keine Auslagen, der ſein Leben ſeinem Berufe widmet und in einem mühſeligen und beſchwerlichen Stande jeden Augenblick bereit ſein muß, ſein Leben hinzugeben?

Unwiderſprochen iſt hier eine Reihe von Schlüſſen, in welchen man eine logiſche Ordnung vergeblich ſucht, und eine Willkür in der Auslegung, welche ſich mit einem conſequenten Juriſten ſchwer verträgt; es iſt die Auslegung nicht gerechtfertigt, die ärztlichen Deſerviten in die letzte Claſſe einzutheilen, wenn der Schuldner gerettet worden iſt.

In ſo fern muß man dem Verfaſſer des oben genannten Aufſatzes Dank wiſſen, daß er die Unhaltbarkeit einer Theſe dargethan hat, welche dem Stand der Aerzte dauernd Unrecht thut.

Man ſollte glauben, daß es nicht der Mühe werth ſei, dieſen Gegenſtand zu beſprechen, indem der klare Buchſtabe, der die letzte Krankheit benennt, eine weitere Deutung überflüſſig mache, und dem Richter unbenommen ſei, nach der Billigkeit und Humanität zu urtheilen; indeſſen lehrt die Erfahrung, daß es doch noch Einzelne gibt, welche außer Stand ſind, ſich ſelbſtſtändig in der Geſetzgebung zu bewegen, daher in den vorkommenden Fällen richterlich entſcheiden, daß, um das letztemal krank zu ſein, der Kranke nothwendig ſterben müſſe!

Sind wir aber ſo weit gekommen, daß ſich einmal der Scharfſinn darin gefällt, etwas Wunderliches und Abentheuerliches als Geſetz aufzuſtellen, ſo bleibt nichts Anderes übrig, als entweder bei der competenten Staatsbehörde eine geeignete und den Umſtänden angemeſſene Interpretation nachzuſuchen, oder auf dem Wege der Geſetzgebung ein Geſetz zu erwirken, welches den gerechten Forderungen des ärztlichen Standes angemeſſener iſt.

Dieſer Weg ſoll nun auch betreten werden.

Mezger. *)

*) Amtsphyſicus zu Adelsheim.

III.

Hofgericht des Oberrheinkreiſes.

1) Eine Verfügung, wodurch die Wiederherſtellung gegen ein Verſäumungserkenntniß ausgeſprochen wird, kann von dem Richter, der die Verfügung gegeben hat, wieder zurückgenommen werden, zumal, wenn ſolche ohne vorgängiges Gehör des Gegentheils erlaſſen war.

2) Die mündliche Verkündung eines Verſäumungserkenntniſſes hat die gleiche rechtliche Wirkung, wie die ſchriftliche Behändigung deſſelben (vergl. Annalen II. Jahrg. S. 220, 284. III. Jahrg. S. 29. Thilo zu §. 657 der Proceßordnung).

In der Rechtsſache Kern gegen Walter erging gegen den Beklagten am 17. October 1843 ein Verſäumungserkenntniß, welches zugleich ein Erkenntniß in der Hauptſache enthielt. Das Verſäumungserkenntniß wurde dem Beklagten am 7. November deſſelben Jahres bloß mündlich eröffnet. Derſelbe ſuchte erſt am 31. December um Wiederherſtellung nach und der Unterrichter gab dieſem Geſuche ſtatt, von der Anſicht ausgehend, daß die Wiederherſtellungsfriſt erſt vom Tage der ſchriftlichen Behändigung und nicht vom Tage der mündlichen Verkündung des Verſäumungserkenntniſſes zu laufen anfange. Später ging jedoch der Unterrichter von dieſer Anſicht wieder ab und folgte einer andern Ueberzeugung. Es wurde daher durch Erkenntniß vom 5. Juli 1845 die Verfügung, welche die Wiederherſtellung erkannte, wieder zurückgenommen, und das Wiederherſtellungsgeſuch als verſpätet verworfen. Auf hiegegen ergriffene Appellation beſtätigte das Hofgericht des Oberrheinkreiſes das amtliche Erkenntniß durch Urtheil vom 18. Februar d. J. aus folgenden Gründen:

Wenn die Proceßordnung in §. 1165 vorſchreibt, daß nach Verkündung eines Urtheils oder Zwiſchenbeſcheids Abänderungen in demſelben nur in Folge dagegen gebrauchter Rechtsmittel ſtattfinden, ſo bezieht ſich dieſe Vorſchrift offenbar auf die in Rechtskraft übergehenden Erkenntniſſe. Vorbeſcheide oder Verfügungen aber, welche der Rechtskraft nicht empfänglich ſind, gegen welche nämlich ein Rechtsmittel nicht ſogleich ſtatt hat, können von dem Richter, der ſie gegeben, jeder Zeit wieder abgeändert

Digitized by Google

und aufgehoben werden. arg. §. 406 der Proceßordnung. Eine Verfügung der *letzten* Art iſt nun ein Beſchluß, wodurch die Wiederherſtellung gegen ein Verſäumungserkenntniß ausgeſprochen wird, da hiegegen ſofort ein Rechtsmittel nicht ſtattfindet, ſondern die Beſchwerde erſt in Verbindung mit dem Rechtsmittel gegen das Endurtheil in der Hauptſache geltend gemacht werden kann. §. 672 der Proceßordnung, Art. 5 der Proceßnovelle von 1837, §. 671. Zudem iſt es ein allgemeiner Grundſatz des Proceßrechts, daß von dem Richter ſolche Beſchlüſſe, die zum Nachtheil einer Partei ergangen ſind, ohne daß dieſe noch mit ihren Einwendungen gehört wurde, auf erhobene Einſprache der benachtheiligten Partei wieder zurückgenommen werden können (*Gönner*, Handbuch des Proceſſes I. S. 162, III. S. 138), und dieſen Grundſatz hat unſere Proceßordnung in mehreren einzelnen Fällen ausdrücklich anerkannt, indem ſie Beſchlüſſen dieſer Art den Character der Unabänderlichkeit durch denſelben Richter entzogen hat, §§. 694, 707, 718 der Proceßordnung. Die Verfügung vom 4. October 1844, wodurch der Beklagte gegen das Verſäumungserkenntniß vom 17. October 1843 reſtituirt wurde, iſt nun ein ohne vorgängiges Gehör der Kläger erlaſſener Beſchluß, daher dem Unterrichter unbeſtreitbar das Recht zukam, jene Verfügung zumal auf die von dem Kläger hiegegen erhobene Einſprache zurückzunehmen und aufzuheben, wenn anders ſonſtige geſetzliche Gründe vorlagen. Dieſes iſt hier der Fall. Die angeführte Verfügung vom 4. October 1844 beruht nämlich auf der Anſicht, daß Verſäumnißerkenntniſſe nur durch ſchriftliche Behändigung an die Partei und nicht auch durch mündliche Verkündung rechtsgültig eröffnet werden können, daß ſomit die Wiederherſtellungsfriſt gegen ein Verſäumungserkenntniß nur vom Tage der ſchriftlichen Behändigung und nicht vom Tage der mündlichen Verkündung zu laufen anfange; — und dieſe Anſicht hat in dem Geſetze keinen Grund. Denn die Verſäumungserkenntniſſe ſind in der Regel in Urtheilsform zu erlaſſen, es müſſen daher ſchon nach allgemeinen Grundſätzen bei Verſäumungserkenntniſſen auch die Regeln gelten, welche für Urtheile überhaupt gegeben ſind. Nun hat unſer Proceßgeſetz an mehreren Orten (§§. 260, 278, 380 ff. der Proceßordnung, Art. 2. der Proceßnovelle von 1837, §. 383 ff.) ausgeſprochen, daß die mündliche Eröffnung der Urtheile, ſowie aller andern richterlichen Beſchlüſſe die *regelmäßige Verkündungsart* bildet, und nur ausnahmsweiſe die ſchriftliche Behändigung zuläſſig iſt. Auch laufen nach §. 1190 der Proceßordnung die für die Rechtsmittel geſetzlich vorgeſchriebenen Nothfriſten in allen Fällen von der mündlichen Eröffnung ebenſo, wie von der ſchriftlichen Einhändigung an, je nachdem die eine oder die andere geſchah. Von dieſen allgemeinen Beſtimmungen hat das Geſetz für Verſäumungserkenntniſſe keine Ausnahme gemacht. Zwar vorordnet der §. 657 der Proceßordnung, daß jedes Verſäumungserkenntniß der Partei *zu behändigen* iſt und der §. 658 der Proceßordnung ſetzt feſt, daß die Wiederherſtellungsfriſt *vom Tage der Behändigung lauft.* Hiebei hatte aber der Geſetzgeber nur die gewöhnlichſten Fälle im Auge, da es die Natur der Verſäumungserkenntniſſe mit ſich bringt, daß derjenige, gegen welchen ſie ergehen, bei ihrer Fällung nicht zugegen iſt, oder auf Vorladung zur mündlichen Eröffnung nicht erſcheint. Es wollte jedoch bei Verſäumungserkenntniſſen die allgemeine Regel des §. 380 der Proceßordnung nicht aufgehoben und nicht beſtimmt werden, daß die Eröffnung der Verſäumungserkenntniſſe einzig und allein durch ſchriftliche Behändigung rechtsgültig geſchehen könne und daß die Wiederherſtellungsfriſt bloß vom Tage der ſchriftlichen Einhändigung und nicht ebenſo gut vom Tage der mündlichen Verkündung laufe. Dieſes iſt in den erwähnten Geſetzesſtellen (§§. 657, 658) nicht geſagt, und daß ſolches nicht geſagt werden wollte, geht insbeſondere aus der Beſtimmung in §. 367 der Proceßordnung hervor, wornach *Tagfahrt zur Verkündung des Verſäumungserkenntniſſes* angeordnet werden ſoll. Dieſe Vorſchrift iſt offenbar eine Wiederholung der allgemeinen Regel in §. 380 der Proceßordnung und keine Ausnahmsbeſtimmung für das ſchriftliche Verfahren. Es liegt ſchon kein vernünftiger Grund vor, hinſichtlich der Eröffnung der Urtheile einen Unterſchied zwiſchen dem ſchriftlichen und dem mündlichen Verfahren anzunehmen. Wenn ein ſolcher Unterſchied beſtände, ſo wäre es in der That conſequenter geweſen, für das mündliche ſtatt für das ſchriftliche Verfahren die mündliche Verkündung der Verſäumungserkenntniſſe zu befehlen. Ueberdieß ergibt ſich aus mehreren Stellen der Proceßordnung, daß das Geſetz zwiſchen bloß mündlicher Eröffnung und ſchriftlicher Behändigung nicht unterſcheidet, daß es vielmehr beide für gleichbedeutend annimmt, §§. 154, 948, 1163 der

Digitized by Google

Proceßordnung. Iſt nun aber die mündliche Eröffnung, wie hier gezeigt, die rechtsgültige Verkündungsart bei Verſäumungserkenntniſſen, ſo folgt daraus von ſelbſt, daß die Wiederherſtellungsfriſt, wie jede andere Nothfriſt vom Tage der mündlichen Eröffnung, wie vom Tage der ſchriftlichen Behändigung läuft. Denn es wäre wirklich ſonderbar, wenn im Allgemeinen die mündliche Eröffnung der Verſäumungserkenntniſſe genügte, zum Laufe der Wiederherſtellungsfriſt aber noch dazu eine ſchriftliche Behändigung nothwendig wäre. Es wird zwar geltend gemacht, daß das Geſetz, wenn es eine ſchriftliche Behändigung der Verſäumungserkenntniſſe verlangt, damit beabſichtigt habe, durch die ſchriftliche Einhändigung einen bleibenden Eindruck auf die ſäumige Partie zu machen, alſo dieſelbe gleichſam bleibend an den Ablauf der Wiederherſtellungsfriſt zu mahnen. Daß aber dieſes die Abſicht des Geſetzgebers ſei, läßt ſich nirgends entnehmen, vielmehr geht das Gegentheil daraus hervor, daß für Endurtheile, auf welche hinſichtlich der Nothfriſten der angegebene Grund eben ſo gut und in gleichem Maße, wie auf Verſäumungserkenntniſſe hinſichtlich der Wiederherſtellungsfriſt paſſen würde, die mündliche Eröffnung als die regelmäßige Verkündungsart vorgeſchrieben iſt, die ſich auch als die beſte und ſicherſte bewährt hat.

In vorliegendem Falle, wo zudem ſchriftliches Verfahren ſtatt gefunden hat, wurde dem Beklagten das Verſäumungserkenntniß vom 17. October 1843 am 7. November deſſ. Jahres mündlich eröffnet. Der Beklagte hat aber das Wiederherſtellungsgeſuch erſt am 31. December, alſo nach Umfluß der Wiederherſtellungsfriſt (§. 658 der Proceßordnung) eingereicht. Deßhalb wurde von dem Unterrichter durch Erkenntniß vom 5. Juli v. J. die Verfügung vom 4. October 1844 mit Recht zurückgenommen und das verſpätete Wiederherſtellungsgeſuch verworfen. §. 664 der Proceßordnung. Es iſt ſomit die Beſchwerde gegen jenes Erkenntniß ungegründet. Haager.

IV.

Findet eine Appellation ſtatt, wenn der Richter auf den dem Schuldner nach §. 1034 der Proceßordnung zuſtehenden Antrag nicht eingeht?

Die Ehefrau des F. D. hatte gegen dieſen ihren Ehemann zum Vollzug eines Urtheils auf Vermögensabſonderung für ihr eheweibliches Beibringen eine Vollſtreckungsverfügung auf Fahrniſſe und Liegenſchaften des Schuldners erwirkt, welch letztere nun dadurch zum Vollzug kommen ſollte, daß von dem Vollſtreckungsbeamten die öffentliche Verſteigerung der Liegenſchaften des Beklagten angeordnet ward. Kurz vor dem Tage der Verſteigerung übergab der Beklagte zuerſt wegen zu niederer Schätzung eine Beſchwerde bei dem Richter, auf welche unter Bezug auf §. 1041 der Proceßordnung eine neue Schätzung durch andere vom Richter ernannte Schätzer angeordnet wurde; als man aber dem Schuldner deren Perſon bekannt machte und er nun wohl einſehen mochte, daß auf den Grund dieſer neuen Schätzung weitere Einſtreuungen gegen die ſofort vorzunehmende Verſteigerung nicht mehr ſtatt finden, übergab derſelbe noch drei Tage vor der Verſteigerung eine weitere Beſchwerde gegen das ganze bisherige Verfahren des Vollſtreckungsbeamten, in welcher er die Bitte ſtellte, die Verſteigerung wieder aufzuheben, und eventuell, den Verſteigerungstag auf weitere 6 Monate hinauszuſetzen.

Beiderlei Begehren wurden als ungegründet verworfen.

Es fragt ſich nun: ob gegen die Verwerfung der eventuell geſtellten Bitte eine Appellation ſtatt finde?

Ich glaube, nein. Einmal handelt es ſich hier nicht um den Einhalt mit der Vollſtreckung ſelbſt, in welchem Falle gegen die Verwerfung eines Einhaltsgeſuchs nach §. 965. Appellation ſtatt findet, ſondern nur um die vom Schuldner beantragte Art und Weiſe ihres Vollzugs, denn aber beſtimmt der §. 1034 der Proceßordnung nur: „der Richter kann auf den Antrag des Schuldners den Verſteigerungstag weiter (als die im §. 1033. der Proceßordnung enthaltene Regel vorſchreibt) und bis auf 6 Monate hinausſetzen, wenn er dafür hält ꝛc.“

Es iſt daher lediglich in das Ermeſſen des Richters, welcher die Vollſtreckung verfügt hat, geſtellt, dieſe Hinausſetzung des Verſteigerungstags auf den Antrag des Schuldners zu verfügen. Letzterer hat jedoch kein Recht dazu, dieſe Hinausſetzung zu verlangen; hat er dieſes aber nicht, ſo iſt er auch durch die Verfügung des Richters, wenn dieſer auf ſeinen Antrag nicht eingeht, nicht beſchwert, und da ſich ohne Beſchwerde auch kein Rechtsmittel denken läßt, auch kein ſolches zuläſſig.

Gerade in einem Falle, wie der vorliegende, würde auch durch die Zulaſſung der Appellation der Chikane des Schuldners Thür und Thor geöffnet; denn mag ſeine

Digitized by Google

Appellationsbeſchwerde für gegründet erachtet werden, oder nicht, immerhin erreicht er ſeinen Zweck, da die Appellationsverhandlungen und die Friſt, welche nach Verwerfung der Beſchwerde zur neuen Verſteigerung wieder angeſetzt werden muß, jedenfalls ſo viel Zeit wegnehmen, als der Schuldner den Verſteigerungstag hinauszuſetzen gebeten hat. Wenn man nun noch ferner bedenkt, daß, wenn der Schuldner, um ja recht viel Zeit zu gewinnen, mit ſeiner Beſchwerde bis einen Tag vor der Verſteigerung zuwartet, und wenn er innerhalb der Appellationsausführungsfriſt die Appellation nicht ausführt, bevor der Gläubiger wieder um Fortſetzung des Vollſtreckungsverfahrens bitten kann, dieſer zuerſt noch um Verfallenheitserklärung der Appellation bitten muß, und dem Schuldner dennoch die Wiederhellungsfriſt zuſteht, um die Appellation noch auszuführen, ſo könnte es von der Zeit an, als ein Urtheil die Rechtskraft erlangt hat, bis zur Beendigung des Vollſtreckungsverfahrens im glücklichſten Falle ein Jahr anſtehen, bis der Gläubiger zur Zahlung gelangt, oder auf andere Art von ſeinem chikanöſen Schuldner befreit wird. Das Vollſtreckungsverfahren würde auf dieſe Art in der Regel länger dauern, als der Rechtsſtreit ſelbſt, ein Vorwurf, der nicht ſowohl dem Richter, als dem Geſetzgeber zu machen wäre, welcher, wie man wird geſtehen müſſen, ſtatt in dieſem Verfahren zur möglichſten Abkürzung deſſelben gegen richterliche Verfügungen nur einfache Beſchwerden zu geſtatten, durch die Einräumung der gewöhnlichen Rechtsmittel das Intereſſe des Schuldners mit dem des Gläubigers keineswegs in das richtige Niveau gebracht hat. V.

V.

In wie weit iſt der Mann berechtiget, bei Klagen für und wider ſeine Frau dieſelbe zu vertreten?

(Zu den Bemerkungen der Redaktion in den Annalen Nr. 21 dieſes Jahrgangs.)

In dem am angeführten Orte beſprochenen Rechtsfalle hat nach dem klaren Inhalte der Akten der Mann allerdings nicht bloß für ſich, ſondern auch für ſeine Frau geantwortet. Daß die Ladung nur gegen den Mann und nicht auch gegen die Frau erging, ändert in juriſtiſcher Beziehung nichts an dem Stande der Sache, da kein Verſäumungserkenntniß erlaſſen wurde und da nach §. 254 der Proceßordnung jedem Theile freiſteht, ohne richterliche Ladung abzuwarten, entweder ſelbſt oder durch bevollmächtigte Vertreter (§. 123 der Proceßordnung) zur Verhandlung vor Gericht zu erſcheinen. Der Mann war auch unſtreitig befugt, jedenfalls bei dem erſten Auftreten als vermutheter Gewalthaber ſeiner Frau zu handeln. Dieſes kann ſchon nach römiſchem Rechte keinem Zweifel unterliegen. Linde, Proceß §. 136. Unſere Proceßordnung enthält zwar keine derartige ausdrückliche Beſtimmung. Allein das mandatum praesumtum des Mannes in Proceſſen ſeiner Frau, ergibt ſich unwiederlegbar aus der Beſtimmung in §. 135 Abſatz 4 der Proceßordnung argumento a minori ad majus und insbeſondere daraus, daß der Mann Kraft Geſetzes der Verwalter alles eigenen Vermögens der Frau iſt L.R.S. 1428, 1531, 1549. Abgeſehen davon, ſo war in vorliegendem Falle der Mann zugleich mit der Frau belangt, er war alſo in einer gemeinſchaftlichen Streitſache Streitgenoſſe derſelben (§. 93 der Proceßordnung) und ſchon deßhalb nach der klaren Beſtimmung in §. 135 Abſatz 3 berechtiget, jedenfalls bei dem erſten Auftreten ohne Vollmacht von ſeiner Frau für dieſe vor Gericht zu handeln. Auch zur Ablegung des Geſtändniſſes bedurfte er keiner Spezialvollmacht von ſeiner Frau, denn es iſt ſchon längſt ausgemacht (!), daß die allgemeine Vorſchrift in §. 142 Abſatz 12, mit den nachfolgenden beſonderen Beſtimmungen in §§. 148—155, in Verbindung gebracht werden muß, daß demnach ein Gewalthaber auch ohne Spezialvollmacht Geſtändniſſe ablegen kann, daß ſolche Geſtändniſſe aber nicht die Kraft der Unwiderruflichkeit haben. v. Weilers Motive S. 9, Bekk in den Annalen III. S. 299.

In dem vorliegenden Falle kam es alſo hauptſächlich auf die Frage an, ob und in wie fern der Mann berechtiget ſei, in Rechtsſtreitigkeiten ſeiner Frau ohne Vollmacht von derſelben dieſe zu vertreten? Und dieſe Frage iſt in Gemäßheit des §. 82 nach den Geſetzen über die bürgerliche Rechtsfähigkeit zu beurtheilen. Die gegenwärtige Frage war ſomit nicht bloß proceſſualiſcher ſondern auch civiliſtiſcher Natur und aus dieſem Grunde wurde ſie ſo wie geſchehen und nicht anders (!) von dem Gerichtshofe des Oberrheinkreiſes behandelt. Haager.

Anmerkung der Redaction.

Wenn die Schuld von 216 fl. — wie es nach der that-

Digitized by Google

ſächlichen Anführung in Nr. 21 dieſer Blätter der Fall zu ſein ſcheint — während der Ehe contrahirt wurde, ſo fiel ſie zufolge L.R.S. 1409, Abſ. 2 unzweifelhaft in die Gemeinſchaft. Nach Anſicht der L.R.S. 1421 und 1484, kraft welcher der Mann allein über das Gemeinſchaftsvermögen verfügt und bei allen Gemeinſchaftsſchulden für das Ganze haftet, wird man daher anzunehmen berechtigt ſein, daß der Unterrichter die gegen die Kaiſerſchen Eheleute gerichtete Klage nur gegen den Mann als in Rechten begründet angeſehen und eben deßhalb nur gegen dieſen die Ladung erkannt hat. Da ſich der Kläger hiebei beruhigte und nicht verlangte, daß auch gegen die Frau gleichmäßig Ladung erlaſſen werde, ſo iſt dieſelbe für ihre Perſon dem Proceſſe fern geblieben und folglich der Mann gar nicht in die Lage gekommen, ſie oder ihre Rechte vertreten zu können.

Hätte ſich deſſenungeachtet der Mann auch für ſeine Frau eingelaſſen, ſo konnte dieſe unberufene Handlung auf das richterliche Erkenntniß keinen Einfluß äußern und noch weniger die Mitverurtheilung der Frau rechtfertigen, weil ſie im Verhältniß zu dem zwiſchen Guldenſchuh und ihrem Manne verhandelten Rechtsſtreite eine dritte Perſon war. Darum iſt nicht einzuſehen, wie man irgend Gewicht auf den Umſtand legen mag, daß kein Verſäumungserkenntniß gegen die Frau ergangen ſei, da ein ſolches ohne die — hier offenbar fehlenden Vorausſetzungen der §§. 253 und 654 der Proceßordnung zu den proceſſualiſchen Ungereimtheiten gehören würde.

Durchaus irrig iſt die Auffaſſung, als habe es ſich in dem vorliegenden Falle um die (dieſſeits ganz außer Berührung gelaſſene) Frage gehandelt: ob und in wie fern der Mann berechtigt ſei, in Rechtsſtreitigkeiten ſeine Frau ohne Vollmacht von denſelben, dieſe zu vertreten?

Denn davon hätte nur alsdann die Rede ſein können, wenn die Frau in erſter Inſtanz wirklich Partei geweſen wäre. Da ſie aber dieſes nicht war, ſo focht ſie im Wege der Appellation das amtliche Urtheil vom 23. Juli 1844 lediglich aus dem Grunde als nichtig an, weil daſſelbe ohne Vorladung und Gehör gegen ſie ergangen ſei. Es lag ſomit in Wirklichkeit nur eine proceſſualiſche Frage zur hofgerichtlichen Entſcheidung vor, mit welcher obige Allegate nicht entfernt zuſammenhängen, alſo füglich auf ſich beruhen können. D. R.

VI.

Abſchrift.

Kriegsminiſterium. 1. Section.

Carlsruhe, den 19. März 1846.

Nr. 1274. An die Commandos der fünf Infanterie-Regimenter, der drei Reiter-Regimenter, der Artillerie-Brigade, des Invaliden-Corps, des Gendarmerie-Corps, ſo wie an die ſämmtlichen Garniſons-Commandantſchaften:

Wie bekannt, haben die Unterofficiere und Soldaten nach Cavans Kriegsrecht, §. 1110 bis 1115, welches nach Gemäßheit des neunten Organiſations-Edicts vom Jahr 1803 deßfalls zur Anwendung zu kommen hat, in Civilſachen bei Militär- und Civilgerichten die Sportel- und Stempelfreiheit anzuſprechen, mit Ausnahme bei Streitigkeiten über Immobilien, oder wenn der Proceßgegenſtand ein von ihnen getriebenes bürgerliches Gewerbe betrifft.

Die gleiche Sportel- und Stempelfreiheit erſcheint auch rückſichtlich der Rechtsſtreitigkeiten der Gendarmen nach §. 22 des Geſetzes über die Gendarmerie vom 31. December 1831 maßgebend.

Es haben ſich nun darüber Zweifel erhoben, wie es mit der Anwendung des Stempelpapiers und mit der Entrichtung der Sporteln zu halten ſei, wenn die eine Parthie in einem Rechtsſtreit obiger Militärperſonen dem Civilſtande angehört.

Nach §. 16 der Vollzugs-Verordnung vom 2. December 1841 zu dem Geſetze vom 13. October 1840 über die Gerichtsſporteln in bürgerlichen Rechtsſachen iſt bei Rechtsſtreitigkeiten der Staatscaſſe, des Kirchenfiskus, öffentlicher Anſtalten für Wohlthätigkeit u. ſ. w., welche Kaſſen und Anſtalten nach Art. 21 obigen Geſetzes vom 13. October 1840 von der Anwendung des Eingabenſtempels und der Sportelgebühr befreit ſind, auch die gegneriſche Parthie vorerſt der Verwendung des Stempelpapiers und der Sportelbezahlung enthoben; dieſe Gebühren ſollen nur einſtweilen vorgemerkt werden, und erſt wenn die nicht von der Stempel- und Sportelgebühr befreite Parthie durch das Endurtheil in die Koſten verfällt iſt, hat die nachträgliche Erhebung des betreffenden Betrags der vorgemerkten Stempel- und Sportelgebühr von dieſer Parthie zu erfolgen.

Die gleichen Beſtimmungen gelten auch nach §. 161 und 162 der Proceßordnung, wenn die eine Parthie zum Armenrecht zugelaſſen iſt.

Dieſe Vorſchriften über die Behandlung der Stempel- und Sportelgebühren bei Rechtsſtreitigkeiten, bei welchen von dieſen Gebühren befreite Parthien betheiligt ſind, und der Grund dieſer Vorſchriften, erſcheinen auch für die Rechtsſtreitigkeiten von Unterofficieren und Soldaten, ſo wie von Gendarmen, wenn ſie nach Obigem die Stempel- und Sportelfreiheit genießen, anwendbar; dieſelben haben daher künftig zur Beachtung zu dienen. vdt. Fröhlich.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 31. Karlsruhe den 1. Auguſt 1846.

I.

Die Gant iſt im Fall des §. 814 Nr. 2 der Proceßordnung nicht von Amtswegen für eröffnet zu erklären.

(Siehe den erſten Aufſatz Seite 108; den zweiten Seite 161 und den dritten Seite 164 der Annalen des laufenden Jahrs.)

Vor Allem muß ich die Herren Verfaſſer des zweiten und dritten Aufſatzes auf den Standpunkt zurückführen, von dem ich bei der Abfaſſung des erſten Aufſatzes ausgegangen bin.

Einmal darf ich mich nicht zu Denjenigen zählen, die mit der Reception als Rechtspracticanten oder mit dem Eintritt ins practiſche Leben nicht nur alles Recht, ſondern namentlich auch alle Praxis, die in ganz Deutſchland oder wenigſtens in Baden bis dahin galten, ſchon durch und durch gekannt und erfaßt haben; ſodann ging ich davon aus, daß ein neues Geſetzbuch Alles, worauf der Geſetzgeber ſelbſt Gewicht legt, auch deutlich ausſprechen und nicht der ſ. g. Praxis wieder ein Feld einräumen werde, zu deren Vertheidiger ich mich nicht ſo unbedingt hergeben möchte.

War mir daher die vor Einführung der Proceßordnung geltende Praxis völlig unbekannt und erkannte ich neben dem Geſetz weder eine alte, noch eine neue Praxis an, ſo war es mir eine wahrhaft widerliche, aller Ordnung baar ſcheinende und einer Proceßordnung nicht entſprechende Wahrnehmung, wie bald auf die, bald auf jene Weiſe das Verfahren im Fall des §. 814 Nr. 2 der Proceßordnung eingeleitet worden iſt; denn die vom Herrn Verfaſſer des dritten Aufſatzes gegen mein Wagſtück in Schutz genommene ſ. g. Praxis beſtand, ſo weit ich wenigſtens ſie aus eigener Anſchauung kennen lernte, darin, daß die Acten und Verhandlungen über die Aufnahme der überſchuldeten Verlaſſenſchaften von den Amtsreviſoraten in einem ſehr verſchiedenen Stand an die Aemter abgegeben wurden und zwar bald lediglich mit dem Anfügen „zur weitern Geſchäftsbehandlung", bald mit dem Antrag „auf Ganteröffnung", bald mit dem Antrag „die Erklärung der die Erbſchaft ausſchlagenden Erben in das vorgeſchriebene Buch eintragen zu laſſen", bald mit der Bemerkung „daß die Erben zur Erklärung durch das Amtsreviſorat vor das Amt beſtellt ſeien", bald — aber ſelten — mit dem Antrag „einen Erbpfleger aufzuſtellen" u. ſ. w. Das Verfahren der Aemter war eben ſo verſchieden, je nachdem der eine oder der andere Antrag geſtellt worden iſt, oder je nachdem man der oder jener Praxis huldigte. Es kamen mir Acten vor, in welchen das Gantcrkenntniß erlaſſen worden, ehe die Erben ihre Erklärung in das vorgeſchriebene Buch hatten eintragen laſſen, und wo der Erbpfleger erſt in der Folge aufgeſtellt worden iſt u. ſ. w. — ſo daß mir nie der Gedanke gekommen wäre, dieſes Verfahren für ein geregeltes oder gar für eine geſetzlich ſanctionirte Praxis halten zu müſſen.

Ich ſuchte daher im Geſetz ſelbſt und in ſeinen Worten eine Baſis und ich glaubte, ſie auch auf die von mir im erſten Aufſatz beſprochene Weiſe gefunden zu haben, da hierdurch wenigſtens ein geregelter und durch die Verhandlungsmaxime geſicherter Gang gegeben geweſen wäre.

Dieſes vorausgeſchickt, wird ſich ergeben, daß

1) der Vorwurf der unverbeſſerlichſten Zweifelſucht den Inhalt des erſten Aufſatzes nicht trifft, weil ich das, was in den verſchiedenen Commiſſionsberichten geſagt iſt, nicht geleſen hatte (und dazu auch weder Zeit, noch Gelegenheit fand) und daß ich

Digitized by Google

alſo auch das nicht bezweifeln konnte, wovon ich keine Kenntniß hatte;

2) daß die Wünſche, welche dem Inhalt des erſten Aufſatzes zu Grunde liegen, keine ſelbſtſüchtigen ſind, und daß ſie nicht etwa aus dem Hang zur Bequemlichkeit hervorgingen, ſondern durch die regelloſe Art bei dieſem Verfahren von Amtswegen hervorgerufen wurden.

Mit der Bemerkung, daß im erſten Aufſatz die Erläuterungen in Weilers Motiven nirgends als irrthümlich, noch weniger aber als ungeſetzlich bezeichnet worden ſind — da es außer authentiſchen Auslegungen oder Erläuterungen überhaupt keine geſetzlichen oder ungeſetzlichen Erläuterungen gibt — wage ich es nochmals, den in der Ueberſchrift des erſten Aufſatzes aufgeſtellten Satz zu behaupten, und mich jezt wiſſentlich jenem Vorwurfe der Zweifelſucht auszuſetzen, da auch eine Prüfung der Gründe gegentheiliger Anſichten — wenn auch mit Unrecht und etwa bloß als ein Schreckmittel — mit dieſem Ausdruck belegt werden kann.

Der Herr Verfaſſer des dritten Aufſatzes geht mit großer Zuverſicht in dem Ausſpruch über die angeführten Gründe hinweg „ſie ſind nicht probehaltig;" mein verehrter Freund, der Verfaſſer des zweiten Aufſatzes aber glaubt, den weſentlichſten Moment für die von mir aufgeſtellte Anſicht damit beſeitigt zu haben, daß er erklärt, er vermöge keinen Unterſchied einzuſehen, zwiſchen „Grund" und „Veranlaſſung" zum Ganterkenntniß.

Ich muß eingeſtehen, daß ich ſelbſt keinen Unterſchied hierin anzugeben wüßte, als etwa den, daß der eine Ausdruck vielleicht richtiger und logiſcher iſt, als der andere. Allein es iſt auch von dieſem Unterſchied überall nicht die Rede, ſondern von dem Unterſchied zwiſchen

I. die Gant wird eröffnet und

II. die Ganteröffnung wird ausgeſprochen.

Von der Beantwortung der Frage, ob in dieſen beiden Sätzen ein Unterſchied liegt und ob durch dieſelben etwas Verſchiedenes bezeichnet werden ſoll, wird auch die Richtigkeit der einen oder der andern Anſicht zu beurtheilen ſein.

Die Antwort iſt hier zunächſt in dem Geſetz ſelbſt und nicht in einer eben ſo leicht unrichtigen Auffaſſung der Motive des Geſetzes zu ſuchen.

Hält man den §. 814 und 815 der Proceßordnung und ihre gemeinſchaftliche Ueberſchrift, den §. 817, den §§. 821, 823 und ſeine Ueberſchrift zuſammen und faßt dieſe geſetzlichen Beſtimmungen einzeln und einander gegenüber näher ins Auge, ſo iſt ſchwer einzuſehen, wie man das Vorhandenſein eines jener Gründe zur Ganteröffnung für gleichbedeutend halten kann mit „Veranlaſſung des Richters zur Erlaſſung des Ganterkenntniſſes." Hätte der Geſetzgeber mit den Worten „die Gant wird eröffnet" ſagen wollen, „der Richter hat die Gant von Amtswegen für eröffnet zu erklären", d. h. das Ganterkenntniß von Amtswegen zu erlaſſen, ſo wäre es in der That unbegreiflich, wie der Geſetzgeber hiermit im directen Widerſpruch z. B. im §. 817 hätte ſagen können, daß der Schuldner die Eröffnung der Gant abwenden kann und daß der Richter von Amtswegen „vor" der Gant Vergleiche verſuchen ſoll.

Man wird zwar ſagen, daß die Beſtimmung des §. 817 nur auf die Fälle des §. 814 Nr. 1 und 815 Anwendung finden kann; allein gerade der §. 814 Nr. 1 in Verbindung mit §. 817 liefert den Beweis, daß der oben behauptete Unterſchied exiſtirt.

Wenn nämlich der Richter von Amtswegen vor der Gant Vergleiche verſuchen ſoll, ſo iſt damit gewiß nicht geſagt, daß dieſes dem Richter obliegt, z. B. ehe der Schuldner ſeine Vermögensunzulänglichkeit angezeigt hat, alſo ehe die Gant im Sinn des §. 814 eröffnet worden iſt; noch kann damit geſagt ſein, daß ſolche Vergleiche erſt nach Erlaſſung und Eröffnung des Ganterkenntniſſes und nach Eintritt ſeiner unmittelbaren Folgen (§. 825) verſucht werden ſoll, denn dann würde es nicht vor der Gant geſchehen.

Es geht ferner hervor, daß das Vorhandenſein eines jener Gründe zur Ganteröffnung keineswegs das Signal für den Richter iſt, die Gant durch Erkenntniß für eröffnet zu erklären und namentlich nicht in dem unter Nr. 1 des §. 814 ausgeſprochenen Fall, wie die Herren Verfaſſer des zweiten und dritten Aufſatzes als unzweifelhaft annehmen.

Ich beſtreite es daher, als im Geſetz nicht begründet, daß, wenn ein Schuldner ſeine Vermögensunzulänglichkeit anzeigt, der Richter das Recht oder die Verpflichtung hat, die Gant durch Erlaſſung eines Ganterkenntniſſes (von Amtswegen?) für eröffnet zu erklären.

Man kann nur ſagen, daß durch die dem Richter ge-

Digitized by Google

gegenüber nur diſpoſitive Beſtimmung des §. 814 in einem ſolchen Fall von da an die gantrichterlichen Functionen begründet ſind, und hier heißt es im §. 817, daß er Vergleiche von Amtswegen vor der Gant d. h. vor Erlaſſung des Ganterkenntniſſes einzuleiten hat.

Das Geſetz unterſcheidet ſelbſt drei weſentlich verſchiedene Momente und Stadien; nämlich den Zeitpunkt, in welchem die Gant früher von Amtswegen durch die Praxis, jetzt aber durch das Geſetz §. 814 Nr. 2—4 eröffnet wird, oder auf die Anzeige des Schuldners oder im Fall des §. 815 und 816; alle dieſe Fälle ſind als Gründe zur Ganteröffnung einander gleichgeſtellt, ohne daß die mögliche, aber hier nichts entſcheidende Unterſcheidung gemacht wird zwiſchen: „Antrag des Schuldners;" „ohne Antrag" und „Antrag der Gläubiger;" ſodann den Zeitraum zwiſchen dem Eintritt eines ſolchen Grundes, oder das Gantverfahren bis zu der Erlaſſung des Ganterkenntniſſes oder dem richterlichen und gehörig bekannt gemachten Ausſpruch der Eröffnung der Gant; endlich dieſen richterlichen Ausſpruch und deſſen Bekanntmachung mit den geſetzlichen Folgen.

Es iſt allerdings nicht für einen bloßen Zufall zu halten, daß im §. 814 Nr. 1 nur von einer Anzeige der Vermögensunzulänglichkeit die Rede iſt und nicht von einem Antrag auf Ausſpruch der Ganteröffnung; denn der Geſetzgeber wollte damit gerade beſtimmen, daß man die bloße Anzeige nur als einen Grund betrachten ſoll, durch welchen die Gant eröffnet wird, ohne daß er wollte, daß der richterliche Ausſpruch der Eröffnung der Gant ſofort ſtatt finden ſoll, und es bedarf daher der geſuchten und mit dem §. 5 der Proceßordnung überdieß im Widerſpruch ſtehenden Auslegung nicht, daß der Geſetzgeber damit andeuten wollte, daß der vom Richter ausgehende Ausſpruch der Ganteröffnung von Amtswegen zu geſchehen hat. Der Ausſpruch würde ohnehin auch nicht einmal von Amtswegen erfolgen, ſondern auf Veranlaſſung eines Betheiligten, nämlich des Gantmanns.

Hätte der Geſetzgeber nicht die Abſicht gehabt, durch den §. 814 der Proceßordnung nur die Gründe zur Ganteröffnung aufzuzählen, ſondern ſagen wollen, daß ſein nächſter Zweck auf richterlichen Ausſpruch der Eröffnung der Gant gerichtet iſt, ſo hätte er — wenn man ihm nicht eine für den Geſetzgeber unpaſſende Zartheit gegen den Gantmann unterſchiebt — dieſen nicht mit der bloßen Anzeige ſeiner Vermögensunzulänglichkeit auftreten laſſen, ſondern er hätte geradezu ausdrücklich geſagt: wenn der Gantmann wegen Vermögensunzulänglichkeit auf Ausſpruch der Eröffnung der Gant anträgt.

Entweder nimmt man nämlich an, daß der Gantmann in der Abſicht vor Gericht geht, um das Ganterkenntniß zu erwirken, dann wäre es eine ſonderbarer Weiſe gewählte und ihm auferlegte Form, ihn nur ſeine Vermögensunzulänglichkeit anzeigen und ſeinen Willen verblümt und verſchämt erkennen geben zu laſſen, oder aber er hat die Abſicht nicht, dann iſt fürwahr auch nicht einzuſehen, warum der Geſetzgeber ihm die Falle geſtellt haben ſoll, dahin, daß, wenn er hingeht — obwohl mit dem Bewußtſein, daß mit ſeiner Anzeige die Gant eröffnet und für den Richter das Einſchreiten im gantrichterlichen Weg begründet wird, alſo das Gantverfahren beginnt — der Richter ſogleich mit dem Ausſpruch der Eröffnung der Gant über ihn herfällt, während er ſonſtige gantrichterliche Hilfe und Unterſtützung wünſchte, ehe es zum wirklichen Ausſpruch der Ganteröffnung, d. h. zur eigentlichen Ganteröffnung kömmt.

Es iſt aber auch noch etwas Weiteres — worüber die Herren Verfaſſer des zweiten und dritten Aufſatzes mit Stillſchweigen oder nur mit kurzer Bemerkung hinweggegangen ſind — nicht für einen bloßen Zufall zu halten, nämlich daß erſt im §. 823 von der Ganteröffnung die Rede und dort beſtimmt iſt, daß die Gant erſt mit der Bekanntmachung des Ganterkenntniſſes für eröffnet gilt. Damit iſt unzweideutig geſagt, daß, wenn auch die Gant aus einem jener Gründe eröffnet und das gantrichterliche Einſchreiten begründet wird, die Gant doch erſt durch die Bekanntmachung des Ganterkenntniſſes an den Schuldner und den Vertreter (unabhängig von der Bekanntmachung an die Gläubiger) geſetzlich in der Weiſe als eröffnet gilt, daß jetzt erſt die Folgen eintreten, wie ſie in den §§. 824—826, 828, 830—833, 835—837 aufgeführt ſind. Die Folgen des Vorhandenſeins eines Grundes zur Ganteröffnung ſind andere, als die Folgen der Erlaſſung und Bekanntmachung des Ganterkenntniſſes; erſt von der letztern an gilt die Gant für eröffnet. Mann kann nun zwar zugeben, daß der Grund zur Ganteröffnung auch das Ganterkenntniß im Gefolge haben kann, wie man z. B. auch ſagen kann, daß das

Digitized by Google

Urtheil eine Folge der Ladungsverfügung iſt; allein eine unmittelbare und nothwendige Folge iſt es nicht.

Ich halte es daher auch nicht für richtig, wenn im zweiten Aufſatz geſagt iſt: der §. 814 entſcheidet, „wann“ (der Richter!) und der §. 821 „wodurch“ der Richter die Gant zu eröffnen hat. Vielmehr glaube ich unterſcheiden zu müſſen, daß der §. 814 die Fälle aufzählt, in welchen überhaupt ein Gantverfahren zuläſſig iſt und Gründe zur Ganteröffnung liegen, ohne aber damit zu ſagen, daß der Richter, wenn ihm ein ſolcher Fall bekannt wird, von Amtswegen die Gant für eröffnet erklären muß; daß der §. 821 ausſpricht, auf welche Art oder wie der Richter die Gant für eröffnet zu erklären hat, wenn er hierzu z. B. nach fruchtloſen Vergleichsverſuchen veranlaßt iſt und daß endlich der §. 823 beſtimmt, wann die Gant für eröffnet gilt, nachdem vielleicht ſchon längere Zeit das gantrichterliche Verfahren begründet und im Lauf war.

Der Zeitpunkt, wann der Richter das Ganterkenntniß zu erlaſſen hat, konnte der Geſetzgeber ohnehin nicht feſtſetzen, da dieſes nicht bloß von den Anträgen der Betheiligten, ſondern von den in Mitte liegenden Vergleichsverhandlungen, ferner von andern geſetzlichen Beſtimmungen, wohin die L.R.S. 784 und folgg. gehören, abhängt.

Man wird zwar einwenden, daß im Fall des §. 814 Nr. 2 nicht leicht von einem Vergleich wird die Rede ſein können, weil der Gantſchuldner nicht mehr lebt, und daß im §. 817 namentlich vom „Schuldner“ die Rede iſt, welcher die Eröffnung der Gant abwenden kann. Allein abgeſehen davon, daß derſelbe Paragraph auch dem Richter vorſchreibt, Vergleichsverſuche von Amtswegen einzuleiten, ohne zu unterſcheiden, ob der Schuldner noch lebt oder nicht und welcher Grund zur Ganteröffnung vorliegt und daß auch ſolche Vergleiche im Fall des §. 815 zu verſuchen ſind und daß auch bei einer überſchuldeten Erbmaſſe Borg und Nachlaßvergleiche wenigſtens immerhin möglich und z. B. für Bürgen und andere betheiligte dritte Perſonen von Erheblichkeit ſein können, bleibt jedenfalls ſo viel gewiß, daß der Geſetzgeber das Vorhandenſein eines Grundes zur Ganteröffnung keineswegs auch zugleich als einen Grund oder eine Veranlaſſung für den Richter erkannte oder erklärte, ſofort auch und zwar von Amtswegen die Eröffnung der Gant durch Erkenntniß auszuſprechen.

Betrachtet man nun auch den von den Herrn Gegnern angeführten Inhalt der Commiſſionsberichte, auf welchen hin dem Geſetzgeber die Abſicht unterſchoben werden will, daß der Richter von Amtswegen das Ganterkenntniß zu erlaſſen habe, ſo zeigt ſich bei genauerer Betrachtung deſſelben, daß dort nur davon die Rede iſt, daß die Gant auch im Fall des §. 814 Nr. 2 eröffnet wird und zwar durch das Geſetz ſelbſt oder wenn man will — von Amtswegen — in ſo fern es hier weder der Anzeige des Schuldners, noch des Verfahrens bedarf, wie es im §. 815 der Proceßordnung vorgeſchrieben iſt.

Der Ausdruck „von Amtswegen“ — der übrigens im §. 814 und 821 nirgends gebraucht iſt, während er z. B. im §§. 817, 826, 858, 864, 894, 895 ins Geſetz aufgenommen iſt — hat daher keinen Bezug auf die Erlaſſung des Ganterkenntniſſes, ſondern darauf, daß der Geſetzgeber, wenn der Fall des §. 814 Nr. 2 eintritt, das Verfahren nicht geſtatten wollte, daß der Erbpfleger Zahlungen an einzelne Gläubiger leiſte, wie der Zufall ſie um Befriedigung ſich melden läßt, mit einem Worte, das Gantverfahren eintreten läßt. Es iſt dieſes eine von mir nicht weniger, als von den beiden Herren Verfaſſern, erkannte weiſe Fürſorge im Intereſſe der Gläubiger, die der Geſetzgeber von Amtswegen eintreten läßt und es fiel mir nicht ein, dieſſelben zu tadeln oder es überhaupt zu bezweifeln, daß im Fall des §. 814 Nr. 2 ein Grund zur Ganteröffnung liege. Dieſe Fürſorge iſt aber ſchon durch die geſetzliche Beſtimmung im §. 814 getroffen und erreicht, da durch ſie ſowohl der Erbpfleger, als auch die Gläubiger, das Amtsreviſorat und der Richter, der ſich von da an von Amtswegen oder vielleicht beſſer geſagt, von Geſetzeswegen als Gantrichter zu betrachten hat, angewieſen oder darauf aufmerkſam gemacht ſind, was ſie zu thun haben. Letzterer kann daher namentlich nicht mehr auf eine Schuldklage, die der eine oder der andere Gläubiger gegen den Erbpfleger erhebt, in ſeiner bloß richterlichen Stellung verfügen, ſondern er hat von Amtswegen in ſeiner nunmehrigen Stellung als Gantrichter darauf Rückſicht zu nehmen, daß einer der Fälle vorhanden iſt, welchen der Geſetzgeber als Grund zur Ganteröffnung bezeichnet hat und in ſo fern, aber auch nur in ſo fern, kann man allerdings auch ſagen, daß die Gant von Amtswegen eröffnet wird oder daß der Richter ſie von Amtswegen eröffnet.

Digitized by Google

In den Commiſſionsberichten aber iſt überall nichts davon geſagt, daß der Richter das Ganterkenntniß von Amtswegen zu erlaſſen hat und gerade, weil ich ebenfalls dieſe Berichte für gediegene Arbeiten halte, habe ich Grund, zu behaupten, daß es nicht ein Zufall iſt, daß nirgends davon die Rede iſt, daß die Gant durch den Richter von Amtswegen für eröffnet zu erklären iſt. Es heißt dort, daß früher die Praxis die Gant von Amtswegen eröffnet habe und jetzt ſoll an die Stelle der Praxis das Geſetz treten, welches nicht befehlend, ſondern diſpoſitiv ausſpricht „die Gant wird eröffnet," ſo daß es keiner weitern Handlung (von Seite des Schuldners, weil dieſer nicht mehr lebt; von Seite der Gläubiger aber nicht des Antrags, wie er im §. 815 bezeichnet iſt) bedarf; ſondern das, was dort die Anzeige iſt oder die Anträge in den §§. 815 und 816 ſind, iſt hier die Thatſache der Ueberſchuldung einer Maſſe und die Ausſchlagung der Erben.

Sollte man mit der Frage entgegnen wollen, was dann eigentlich im §. 816 unter den Worten zu verſtehen iſt „ſo iſt jetzt die Gant ohne Weiteres zu eröffnen," wenn man darunter nicht die Verbindlichkeit des Richters verſtehen will, nunmehr als Gantrichter das Ganterkenntniß zu erlaſſen, ſo iſt darauf zu erwiedern, daß der Gantrichter jetzt ſeine Functionen eintreten laſſen muß; nämlich ehe das Ganterkenntniß zu erlaſſen iſt, hört er z. B. auf, gewöhnlicher Richter in den einzelnen Schuldforderungsſachen zu ſein u. ſ. w., er muß auf die Anträge des Schuldners eingehen, die dieſer zur Abwendung der Eröffnung der Gant, d. h. zur Abwendung der Erlaſſung und Bekanntmachung des Ganterkenntniſſes ſtellt; oder wenn ſolche nicht geſtellt werden, ſo hat der Gantrichter von Amtswegen Vergleiche vor Erlaſſung des Ganterkenntniſſes, d. h. alſo vor der Ganteröffnung einzuleiten; keineswegs hat er aber auf den Antrag der Gläubiger — der nur dahin gehen kann, das Gantverfahren zu eröffnen — ſo fort das Ganterkenntniß zu erlaſſen.

Wenn daher auch die ſeit Einführung der Proceßordnung gehandhabte Praxis ſo hurtig mit Erlaſſung des Ganterkenntniſſes vorfährt, ohne z. B. auf die ausdrückliche Beſtimmung des §. 817 zu achten, — davon ausgehend, daß das Vorhandenſein eines Grundes zur Ganteröffnung gerade hauptſächlich nur das Gebot enthalte, ſchnurſtracks das Ganterkenntniß zu erlaſſen, und ohne Noth — ja ſogar gegen den ausdrücklichen Willen des Geſetzgebers und oft gegen den Wunſch und Willen des Schuldners — von der Verhandlungsmaxime abweicht, wo dieſe mit jener weiſen Fürſorge des Geſetzgebers ſich vereinbaren läßt, ſo iſt dieſelbe nicht nur nicht geſetzlich, ſondern meiner Anſicht nach geſetzwidrig. Auch iſt nicht einzuſehen, warum die Praxis im übertriebenen Dienſteifer (oder wenn man es recht betrachtet, um ſich die Mühe zu erſparen, Verhandlungen zur Abwendung der Gant zu pflegen und Vergleiche einzuleiten) weiter geht, als es der Wille des Geſetzgebers iſt.

Wenn man nämlich auch behaupten wollte, daß es nicht genüge, wenn ſchon durch den §. 814 der Proceßordnung ſelbſt das Intereſſe ſämmtlicher Gläubiger gewahrt iſt, dadurch daß die Befriedigung des einen oder des andern von ihnen durch den Erbpfleger nicht mehr ſtatt finden kann, ſo wäre dieſe Behauptung wenigſtens nicht durch die Commiſſionsberichte begründet und es erſcheint daher als eine überflüſſige Nachhilfe, welche die neuere Praxis dem Geſetz angedeihen laſſen will, daß ſie den Richter ſofort das Ganterkenntniß eröffnen läßt.

Zu dieſem iſt das vorſchnelle Erlaſſen des Ganterkenntniſſes im Fall des §. 814 Nr. 2 auch für die Gläubiger nicht einmal von ſolcher Erheblichkeit, als es der Fall unter Nr. 1 wäre, weil im Fall unter Nr. 1 der Schuldner noch von der Maſſe zehrt, während die Maſſe im Fall unter Nr. 2 geſichert und durch den Erbpfleger verwaltet wird und hier alſo nicht leicht ein weiterer Nachtheil entſteht.

Es iſt daher auch nicht einzuſehen, warum man ſogar auch dann noch der Verhandlungsmaxime nicht ſoll Rechnung tragen dürfen und warum der Gantrichter auch von Amtswegen die Erklärung über Annahme oder Ausſchlagung zu beſchleunigen oder die Erben zu übereilen oder ſie, wie es wirklich vorkömmt, ſogar zur Abgabe ihrer Erklärung ins vorgeſchriebene Buch vorladen und noch ſo Manches thun ſoll. Denn, wenn ich auch weiß, daß der Richter in ſeiner Eigenſchaft als Gantrichter Manches von Amtswegen zu thun hat, ſo halte ich es dennoch für ungeſetzlich, wenn er insbeſondere auch da, wo das Intereſſe der Betheiligten leicht verletzt werden kann, ohne Noth von Amtwegen einſchreitet und gerade durch dieſes erſte Einſchreiten alle weiteren Handlungen, die von Amtswegen zu geſchehen haben, hervorruft.

Widerſpricht daher auf der einen Seite die im erſten

Digitized by Google

Aufſatz ausgeſprochene Anſicht weder dem Geſetz, noch der Abſicht des Geſetzgebers, noch dem Inhalt der Commiſſionsberichte und iſt ſie vielmehr damit übereinſtimmend und iſt namentlich im §. 821 — wo ſpeciell vom Ganterkenntniß die Rede iſt, nichts davon geſagt, daß daſſelbe von Amtswegen zu erlaſſen iſt, ſo komme ich nochmals darauf zurück, daß gerade in dieſem Paragraphen von einem Antrag der Gläubiger die Rede iſt. Zwar glaubt mein verehrter Freund, jene Stelle damit beſeitigen zu können, daß er behauptet, ſie habe nur auf den §. 815 Bezug; allein wenn ich auch zugebe, daß man ſie möglicher Weiſe dorthin beziehen kann, ſo ſetze ich doch Zweifel darein, daß ſie lediglich nur dorthin zu beziehen iſt.

Wenn es nämlich dort heißt: „welches (Ganterkenntniß) dem Gemeinſchuldner oder in den Fällen des §. 814 Nr. 2, 3 und 4 an deſſen Stelle dem aufgeſtellten Vertreter und denjenigen Gläubigern, auf deren Antrag daſſelbe erlaſſen wurde, eröffnet wird,“ ſo iſt nicht einzuſehen, warum das copulative Wörtchen „und“ hier nicht auch auf den unmittelbar vorhergehenden Satz bezogen werden ſoll. Hätte der Geſetzgeber die Reihefolge des §. 814 und 815 einhalten wollen, ſo würde er wohl den §. 814 Nr. 1 zuerſt und dann den §. 815 ebenfalls ausdrücklich benannt haben oder er würde, wenn er jene Stelle nicht auf den §. 814 Nr. 2, 3 und 4 hätte beziehen wollen, ſchon dort, wo vom Gemeinſchuldner die Rede iſt, wohl geſagt haben „dem Gemeinſchuldner und im Fall des §. 815 auch den Gläubigern.“

Gibt man überhaupt einen Unterſchied zu, zwiſchen „die Gant wird eröffnet, d. h. es iſt ein Grund zur Ganteröffnung vorhanden, d. h. das gantrichterliche Verfahren oder das Gantverfahren beginnt oder iſt begründet“ und zwiſchen „die Ganteröffnung wird richterlich ausgeſprochen, d. h. das Verfahren nimmt die Wendung, daß die Ganteröffnung wirklich auszuſprechen iſt und daß die Folgen des Ausſpruchs einzutreten haben, ſo kann es auch nicht entgehen, daß im §. 815 und 816 wirklich nicht von einem Antrag auf Erlaſſung des Ganterkenntniſſes oder auf Ausſprechung der Ganteröffnung die Rede iſt, ſondern bloß von einem Antrag auf Eröffnung der Gant oder des Gantverfahrens. Auf dieſen Antrag wird der Richter ſeine gantrichterlichen Functionen eintreten laſſen, zu denen er, außer den Fällen des § 814, 815 und 816 weder berechtigt, noch verpflichtet iſt.

Man kann daher auch nicht einmal ſagen, daß die Worte „auf Antrag“ im §. 821 oder „veranlaßt haben“ im §. 855 überhaupt nur Bezug auf den §. 815 und 816 haben. Ich glaube vielmehr behaupten zu können, daß der §. 821 in allen Fällen der §§. 814—816 den Antrag eines oder mehrerer Gläubiger auf Erlaſſung des Ganterkenntniſſes vorausſetzt und daß der Richter jedenfalls den Antrag wenigſtens eines oder mehrerer Gläubiger deßhalb abzuwarten hat, die Gant mag nun im Fall des §. 814 Nr. 1, 2, 3, 4 oder §§. 815 und 816 eröffnet ſein.

Hebt man nun auch noch hervor, daß es überhaupt auch den Gläubigern oft, wie mir ſelbſt ſchon Fälle vorgekommen ſind, darum zu thun iſt, daß die Gant durch Erlaſſung eines Ganterkenntniſſes nicht eröffnet werde, ſo würde ihnen die geſteigerte Fürſorge der Praxis ſehr unwillkommen ſein. Läßt man der Sache den geſetzlichen Gang, ſo werden die Gläubiger in ſolchen Fällen ihr Intereſſe ſchon zu wahren wiſſen und ſie können namentlich Borg- und Nachlaßvergleiche ſchließen, wenn es auch nur zur Vermeidung der Gantkoſten geſchieht oder ſie werden den Antrag auf Erlaſſung des Ganterkenntniſſes gar nicht ſtellen, und das Vermögen vielleicht aus guten Gründen noch längere Zeit verwalten laſſen.

Stellen ſie aber ſogleich oder ſpäter den Antrag auf Erlaſſung des Ganterkenntniſſes, ſo iſt ihnen daſſelbe auch zu eröffnen und es wäre, weil die Rechte der Gläubiger in allen Fällen des §. 814 und 815 gleich ſind, unerklärlich, warum z. B. einem Gläubiger, der im Fall des §. 814 Nr. 2 den Antrag auf Erlaſſung des Ganterkenntniſſes ſtellt, dieſes nicht ebenfalls ſollte eröffnet werden, wie einem Gläubiger, der im Fall des §. 815 den Antrag geſtellt hat. Man wird wenigſtens hierzu gewiß nicht mit meinem Freund den Grund im §. 821 finden.

Wenn gleich im zweiten Aufſatz zur Beſeitigung meines Zweifels hinſichtlich der Faſſung des §. 814 Nr. 2 mir der Fall des L.R.S. 1007 entgegengehalten wird, ſo finde ich doch ſchon aus dem Grunde keine Beſeitigung dieſes Zweifels, weil jenes Beiſpiel hier gar nicht zutrifft. Denn der Richter verſieht auch Functionen, welche nicht gerade bürgerliche Rechtsſtreitigkeiten betreffen, wie

Digitized by Google

z. B. die Fertigung von Beſchaffenheitsbeurkundungen von Teſtamenten, während es ſich hier um ein proceſſualiſches Verfahren handelt (§. 5 der Proceßordnung). Zudem ſteht im L.R.S. 1007 ausdrücklich, daß das Teſtament dem Richter vorgelegt werden muß.

Der Geſetzgeber hat hier deutlich ausgeſprochen, was dazu gehört, um eine gewiſſe richterliche Thätigkeit anzuregen. Im §. 814 Nr. 2 der Proceßordnung iſt dagegen vom Richter gar keine Rede und die Thatſachen, welche dort als Gründe zur Ganteröffnung bezeichnet ſind, kommen auch vor dem Richter nicht vor; es iſt auch nicht geſagt, daß ſie, durch die Theilungsbehörde conſtatirt, dem Richter vorgelegt werden müſſen. Hier würde der Geſetzgeber — wenn man dieſe Stelle im Sinne der Herrn Verfaſſer des zweiten und dritten Aufſatzes auszulegen hätte — dem Richter mehr zumuthen, als den Nürnbergern zugemuthet werden kann, die Keinen hängen, ehe ſie ihn haben. (Schluß folgt.)

II.

Gefährliche Verwundung.

In einem erſt kürzlich bei Großherzogl. Oberhofgerichte zur Aburtheilung vorgekommenen Falle hatten die Untergerichtsärzte unmittelbar nach der Legalinſpection, mit Umgehung einer Claſſification der Wunde, vorläufig begutachtet, daß die Heilung, wenn ſolche auch zu erreichen ſtehe, immer nur höchſt unvollſtändig, unbezweifelt mit Rücklaſſung von Lähmung ꝛc. ꝛc. erfolgen werde.

Dieſer ungünſtigen Prognoſe ungeachtet wurde der Verletzte, bei welchem ſich im Verlauf der Cur keine gefährlichen Zufälle einſtellten, ohne bleibenden Nachtheil geheilt. In dem Endgutachten ging das Phyſikat wieder mit Stillſchweigen darüber hinweg, ob die Verletzung eine gefährliche oder nur eine ſchwere war.

Erſt in Folge beſonderer Veranlaſſung des Großherzogl. Hofgerichts bezeichnete das Phyſikat die Wunde nachträglich als eine ſchwere, die zu ihrer Heilung der Kunſthilfe nothwendig bedürft habe.

Der hofgerichtliche Medicinalreferent dagegen erklärte dieſelben für eine gefährliche und damit conformirte ſich auch die Großherzogl. Sanitäscommiſſion in ihrem Oberermeſſen. Das Großherzogl. Hofgericht erkannte ſodann, indem es dieſes Obermeſſen in Gemäßheit der landesherrlichen Verordnung vom 1. April 1824 (Reg.Bl. Nr. 8) ſeinem Urtheil zum Grunde legte, gegen den Thäter die Strafe der gefährlichen Verwundung.

Obgleich dieſes Urtheil mit der Majorität von einer Stimme in der Recursinſtanz beſtätigt ward, ſo ſind doch auch ſchon Präjudicien anderer Art ergangen, nach welcher nur die Strafe einer ſchweren Verletzung oder der Verwundung ſchlechthin zu dictiren geweſen wäre. Daher dieſe kurze Erörterung, deren Zweck dahin geht, einen feſten Boden für die ſchwankende Praxis ausfindig zu machen.

Zu dieſem Behufe müſſen vorzugsweiſe die im §. 71 des Strafedicts unter lit. c und g enthaltenen Vorſchriften ins Auge gefaßt werden. Nach der erſten iſt, ſo lange die Aerzte nicht verſichern, es habe die Verletzung keine Lebensgefahr auf ſich — die Sache gerade ſo, als wäre eine lebensgefährliche Verwundung vorhanden, zu behandeln und das richterliche Erkenntniß einſtweilen auszuſetzen, bis ſich ermeſſen läßt, zu welcher Gattung von Verletzungen der Fall gehört. Das Nämliche ſoll nach Nr. 63 der Erläuterung zum §. 71 ſtatt finden, wenn die Aerzte gleich anfänglich über die Gefährlichkeit einer Wunde nur ein bedingtes Urtheil geben. Die andere Beſtimmung verſteht unter einer gefährlichen Verwundung nur jene, die gleich Anfangs von den Aerzten für eine ſolche erklärt wird, welche ohne Dazwiſchenkunft fremder Zufälle ſchon durch ihre Folgen allein Anlaß des Todes werden kann.

In dem vorliegenden Falle wurde nun die fragliche Wunde weder gleich Anfangs für eine gefährliche erklärt, noch über die Gefährlichkeit derſelben ein bedingtes Urtheil gegeben, noch endlich daſſelbe wegen Zweifelhaftikeit ſuſpendirt, ſo daß es auf den erſten Blick ſcheinen ſollte, die Verletzung wäre nach dem Finalgutachten der Untergerichtsärzte unbedenklich als eine ſchwere ohne Rücklaſſung eines bleibenden Schadens geheilte abzuurtheilen geweſen, dieß um ſo mehr, als ſich ſeit der erſten Beſichtigung der Zuſtand des Verwundeten nicht verſchlimmert hatte.

Allein hier tritt die ſchon gedachte Verordnung vom 1. April 1824 mit dem §. 71 des Strafedicts in Colliſion, da nach erſterer das Oberermeſſen der Großherzogl. Sanitätscommiſſion in allen Fällen, wo ſolches eingeholt worden iſt, dem richterlichen Erkenntniß unbedingt zum Grunde gelegt werden ſoll.

Die dadurch entſtehende Schwierigkeit verſchwindet aber wieder, wenn man erwägt, daß die Verordnung, wie aus ihrem Eingang deutlich hervorgeht, nur das Ver-

Digitized by Google

fahren, welches die Gerichte in denjenigen Fällen zu beobachten haben, wo die ihnen als Kunſtverſtändige beigegebenen Aerzte in ihren über Tödtungen oder körperliche Verletzungen erſtatteten Gutachten verſchiedene Meinungen äußern — regeln wollte und daß ſie das Geſetz ſelbſt nicht abändern oder aufheben konnte.

Nur die frühern, das Verfahren betreffenden Beſtimmungen, wie namentlich die Rechtsbelehrung vom 11. Mai 1809 (Erläuterung Nr. 64 zum §. 71) wurden durch die Verordnung aufgehoben. Die Grundſätze über die Beſtrafung der Verwundungen ſind dabei unberührt geblieben.

Gelten aber die hier einſchlagenden Verfügungen des Strafedicts noch als geſetzlich bindende Normen, ſo iſt darnach klar, daß nur jene Verwundung, welche gleich Anfangs durch ſich ſelbſt als gefährlich erſcheint und nicht erſt in der Folge z. B. durch Mißgriffe in der ärztlichen Behandlung, durch Diätfehler des Verwundeten oder ſonſt widrige Zufälle einen gefährlichen Character annimmt, die für gefährliche Verwundungen gedrohte Strafe nach ſich ziehen ſoll. Es iſt dieß eine humane Vorſicht des Geſetzgebers, um nicht den Thäter auch für das büßen zu laſſen, was er nicht verſchuldet hat.

Da es überdieß in der Regel äußerſt ſchwierig iſt, techniſch zu beſtimmen, welcher Urſache dieſe oder jene Aenderung in dem Befinden des Patienten zuzuſchreiben ſei, ſo wäre es bedenklich, erſt im Verlauf der Cur eintretende Verſchlimmerungen ohne Weiteres auf die Rechnung des Angeſchuldigten zu ſetzen und demgemäß die Strafe höher zu greifen. Noch mehr würde das Billigkeitsgefühl verletzt werden, wenn man eine Verwundung, welche die behandelnden Aerzte von Anfang bis zu Ende nicht für gefährlich erachtet und auch glücklich geheilt haben, auf den nochmaligen Ausſpruch der urtheilenden Aerzte hin an dem Thäter als gefährliche beſtrafen wollte. In dem Conflicte zwiſchen Wiſſenſchaft und Erfahrung muß ſich die Waage zu Gunſten der Letztern neigen.

Dazu kommt endlich noch die bekannte Regel, daß bei Auslegung des Strafgeſetzes im Zweifel die dem Angeſchuldigten günſtigere Meinung den Vorzug haben ſoll. Möge es dieſen Betrachtungen gelingen, die widerſtrebenden Anſichten zu vereinigen. D. R.

III.

Die in Ausſicht geſtellte Reviſion der Proceßordnung betreffend.

Wenn es Grund hat, daß eine Reviſion der Proceßordnung zu erwarten iſt *), ſo erlaubt ſich der Unterzeichnete in dieſen Blättern darauf aufmerkſam zu machen, daß bei der Reviſion auch darauf Rückſicht zu nehmen ſein dürfte, daß ſich die Proceßordnung folgender verſchiedener, zum Theil aber vielleicht gleichbedeutender Ausdrücke bedient:

1) Beweis, in den §§. 88, 89, 155, 429, 430, 438, 439, 513, 603, 702, 706, 729, 736, 755, 875, 1094.
2) Beweisführung oder Beweisantretung: §§ 156 a. 431, 661, 706, 729, 736, 1204.
3) Beſcheinigung: 100, 104, 137, 234, 235, 395, 522, 648, 672, 672 a, 686, 687 (vollſtändige?), 693, 709, 714, 741, 766, 783, 959 5. 1182, 1185, 1201.
4) Beſcheinigt oder mit Beweisantretung verbunden: 235, 431, 672, 672 a. 766, 783.
5) Nachweiſung: 151, 160, 227, 420, 422, 470, 471, 509 1. 521, 675, 773, 815, 953, (urkundlich) 958, 966, 967, 975, 1190.
6) Offenkundig: 234.
7) Ordnungsmäßig erwieſen: 235, 503, 512, 603.
8) Dargethan: 272 3. 431, 440 (urkundlich), 469, 503, 509 2. 734, 815, 945, 952 2. 1254.
9) Klarmachen: 300.
10) Hat ſich auszuweiſen: 421, 509 3.
11) Wahrſcheinlich machen: 430, 687, 841.
12) Hergeſtellt: 444.
13) Ausgemacht: 445.
14) Außer Zweifel: 447, 702.
15) Liquidmachen: 525.
16) Verſichern (betheuern): 504, 788, 789, 874.
17) Glaubhaft: 815.
18) Es bietet ſich dar: 831.
19) Vollkommen gewiß: 841.

So gewiß es nun auch iſt, daß die Hauptbegriffe „Beweis“ und „Beſcheinigung“ ſcharf getrennt ſind, ſo zweifelhaft wird es, was der Geſetzgeber mit den meiſten andern Ausdrücken ſagen und namentlich, ob er den einen oder den andern Hauptbegriff darunter verſtanden wiſſen oder aber einen oder mehrere andere Begriffe damit aufſtellen wollte.

Im erſten Fall möchte es angemeſſen ſein, wo möglich, überall entweder das Wort „Beweis“ oder das Wort „Beſcheinigung“ zu gebrauchen, im andern Fall aber ſollten die anderweite Begriffe, die durch die weitern Ausdrücke gegeben werden wollen, ebenfalls näher bezeichnet werden, wie z. B. der Begriff „Beſcheinigung“ im §. 395 der Proceßordnung näher bezeichnet iſt.

Ferner wäre zu wünſchen, daß die Fälle, in welchen die Beſcheinigung ſogleich beizubringen iſt und diejenigen, in welchen es genügt, die Beſcheinigungsmittel nur zu benennen und auf deren Erhebung anzutragen, wie z. B. die Einvernahme eines einzigen Zeugen, ausdrücklich beſtimmt werden. Dietz.

*) Daran wird wohl in nächſter Zukunft nicht zu denken ſein. Die bevorſtehende Trennung der Juſtiz von der Adminiſtration, verbunden mit einer totalen Reform des Strafverfahrens, muß erſt ins Leben treten, ehe man abermals Hand an die Proceßordnung legt, welche indeſſen durch die Novelle von 1837 und die neue Gerichtsverfaſſung ſchon zweimal die Reviſion paſſirt hat. D. R.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 32. Karlsruhe den 8. Auguſt 1846.

I.

Die Gant iſt im Fall des §. 814 Nr. 2 der Proceßordnung nicht von Amtswegen für eröffnet zu erklären.

(Schluß).

Zwar glauben die beiden Herrn Verfaſſer, über die Kluft, die zwiſchen dem Vorhandenſein des unter Nr. 2 aufgeführten Grundes zur Ganteröffnung und der Erlaſſung des Ganterkenntniſſes liegt, dadurch hinwegzuſetzen, daß der Eine den Richter damit vertröſtet, daß die Amtsreviſorate ſchon wiſſen werden, was ſie zu thun haben, ſo daß er ſich getroſt in das Weitere einlaſſen und den Faden weiter fortſpinnen kann, während der Andere den Richter auf geeignete Behandlung verweiſt.

Allein vor Allem iſt auch hier nicht außer Acht zu laſſen, daß die Geſetzesworte als vollſtändig und umfaſſend angenommen werden müſſen. Wenn nun im §. 814 Nr. 2 der Proceßordnung geſagt iſt, „es iſt Grund zur Ganteröffnung vorhanden“ oder „die Gant wird eröffnet“ wenn der Erbe ꝛc. ꝛc., ſo iſt in der That nicht einzuſehen, warum man in dieſe klaren und deutlichen Worte ohne Noth hereininterpretiren will, daß damit geſagt werden wollte: „der Richter muß das Ganterkenntniß erlaſſen, wenn der Erbe ꝛc. ꝛc.“. Zwar kann das Ausſchlagen und Nichtantreten der Erbſchaft an und für ſich noch keine Veranlaſſung zur Erlaſſung des Ganterkenntniſſes abgeben, weil dieſe Thatſachen nicht vor dem Richter vorkommen, und dieſer alſo keine Kenntniß davon hat; allein die Amtsreviſorate werden ſchon wiſſen, was ſie zu thun haben; nämlich das Ganterkenntniß iſt eigentlich erſt dann zu erlaſſen, wenn das Amtsreviſorat vorher noch Alles das beſorgt und beobachtet hat, was zur geeigneten Behandlung gehört und es wird auch erſt dann die Acten dem Gantrichter vorlegen und dieſer wird die Acten ſtudiren und wenn ſich dann auch ergibt, daß der Erbe zwar ausgeſchlagen und kein anderer Erbe angetreten hat, ſo wird der Richter doch das Ganterkenntniß nicht erlaſſen, ſondern er wird dafür ſorgen, daß Alles auf geeignete Weiſe vorher noch behandelt wird und erſt dann, wenn dieſes geſchehen iſt, wird er das Ganterkenntniß erlaſſen und eröffnen.

Dieſe Kleinigkeit wäre es ungefähr, die der Geſetzgeber im §. 814 Nr. 2 nicht geſagt hat, aber angeblich ſagen wollte.

Dieſes anzunehmen, liegt aber weder im Geſetz ſelbſt, noch in den fraglichen Berichten ein Grund vor, wenn man ihn nicht in der wohl unrichtigen Unterſtellung findet, daß der Geſetzgeber die geſetzlich bezeichneten Gründe zur Eröffnung der Gant und die Veranlaſſung des Richters zum Ausſpruch der Eröffnung der Gant für gleichbedeutend genommen hat.

Wenn es im §. 814 heißen würde „der Richter wird die Gant eröffnen“ oder „der Richter hat die Gant zu eröffnen“ ſo könnte man hierin und mit Hinſicht auf §. 821 einen Grund für die andere Anſicht finden, obgleich auch dann noch die Beſtimmung im §. 817 immerfort entgegenſtände; denn der Richter kann nicht zugleich angewieſen ſein, ſofort von Amtswegen das Ganterkenntniß zu erlaſſen und von Amtswegen das Ganterkenntniß nicht zu erlaſſen, ſondern Vergleiche einzuleiten, was auch der Schuldner ſelbſt verlangen kann.

Die Geſetzesworte im §. 814 Nr. 2 ſcheinen mir vielmehr ebenfalls nicht zufällig ſo allgemein gefaßt zu ſein, weil ſie nicht bloß zunächſt für den Richter gelten, ſondern auch für die Theilungsbehörde und alle Betheiligten

Digitized by Google

und weil ſie alſo vorher ſchon ihre Wirkſamkeit äußern ſollen, ehe der Richter von dem Fall überhaupt nur Kenntniß hat. Wollte man ſie bloß als ein Gebot für den Richter betrachten, ſo wäre nach der Anſicht der beiden Herrn Gegner gar kein Gantverfahren vor der Bekanntmachung des Ganterkenntniſſes denkbar. Man wüßte dann auch in der That nicht, mit welchem Namen man das Verfahren im §. 815 der Proceßordnung belegen ſollte, das doch ſchon ein Gantverfahren iſt, welches auf Antrag der Gläubiger eröffnet wird; ferner hätten dann auch die §§. 817—820 in ihrer Stellung vor dem §. 821 ganz weggelaſſen oder wenigſtens dem §. 821 irgend wo nachgeſetzt werden müſſen. Allein jene Paragraphen bezeichnen eben ſchon ein Gantverfahren, ohne daß die Gant durch Erkenntniß für eröffnet erklärt worden iſt.

Nach der hier vertheidigten Anſicht iſt alſo die Gant oder das Gantverfahren nach der Abſicht des Geſetzgebers ſogleich mit dem Vorhandenſein eines jener Gründe zur Ganteröffnung — eröffnet, während nach der gegentheiligen Anſicht das Gantverfahren erſt mit der Bekanntmachung des Ganterkenntniſſes eröffnet wird. Der §. 823 Abſatz 1 hätte aber bei der gegentheiligen Anſicht als ganz überflüſſig wegbleiben können; denn wenn der Geſetzgeber geſagt hätte, die Gant wird durch den richterlichen Ausſpruch eröffnet und wenn er geſagt hätte, dieſer Ausſpruch muß ſogleich beim Vorhandenſein eines jener Gründe von Amtswegen erfolgen (was beides von den Herrn Gegnern behauptet wird) und wenn er ſagt, daß dieſer Ausſpruch ſogleich bekannt gemacht werden muß, ſo hätte er nicht noch zu ſagen nöthig gehabt, daß die Gant erſt von dieſer Zeit an für eröffnet gilt.

Nach jener Anſicht würde auch von dem Zeitpunkte des Eintritts z. B. des unter §. 814 Nr. 2 bezeichneten Falles, der dem Richter möglicher Weiſe erſt nach Monaten zur Kenntniß gelangt, bis zur Bekanntmachung ſeines Ganterkenntniſſes gar kein beſonderer Zuſtand exiſtiren; der in dieſer Zwiſchenzeit aufgeſtellte Erbpfleger könnte ſchalten und walten, wie es nach dem überhaupt geltenden Recht zuläſſig iſt; er dürfte namentlich einzelne Gläubiger auszahlen u. ſ. w. denn — die Gant iſt noch nicht eröffnet! — Es geht hieraus klar vor, daß bei dieſer Anſicht jene weiſe Fürſorge geradezu wenigſtens theilweiſe vereitelt wäre.

Ich weiß nun zwar wohl, daß die Praxis dieſen vermeintlichen Fehler im Geſetz dadurch zu verbeſſern ſucht, daß ſie ſich beeilt, gerade die Bekanntmachung des Ganterkenntniſſes ſo ſchleunig, als möglich vor ſich gehen zu laſſen, beziehungsweiſe das Ganterkenntniß ſelbſt Hals über Kopf zu erlaſſen; oder daß man die Aufſtellung eines Erbpflegers bis zur Erlaſſung des Ganterkenntniſſes hinausſchiebt und dergleichen. Allein alle dieſe Manipulationen ſind überflüſſig. Der Geſetzgeber ſelbſt hat durch ſeinen Ausſpruch — „die Gant wird eröffnet“ — umfaſſend dafür geſorgt, daß das Intereſſe der Gläubiger ſchon von dem Augenblick an, wo der Erbe ausſchlägt und kein anderer Erbe antritt, bei den Gerichten, Theilungsbehörden und beim Erbpfleger gewahrt iſt

Durch das Bisherige wird wohl als dargethan zu betrachten ſein, daß ein Unterſchied und zwar ein erheblicher zwiſchen dem Vorhandenſein eines Grundes zur Eröffnung des Gantverfahrens und zwiſchen einer Veranlaſſung zum richterlichen Ausſpruch der Eröffnung der Gant ſtatt finden und daß die Gant im Fall des §. 814 Nr. 2 von Geſetzeswegen oder auch von Amtswegen eröffnet wird — aber nicht durch den Richter, der erſt in der Folge des Verfahrens nach Geſtalt der Sache und des Falls auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger die Eröffnung der Gant bald ausſprechen, bald aber auch nicht ausſprechen wird.

Was nun die im erſten Aufſatz unter a—d aufgeführten Fälle betrifft, ſo muß ich die zu Mißdeutungen führenden Worte unter a. bb. und d., wo von Einleitung des Gantverfahrens die Rede iſt, dahin berichtigen, daß ſie in „Erlaſſung des Ganterkenntniſſes“ umzuwandeln und daß unter d nach den Worten „bekannten Gläubiger“ die Worte „zur Liquidation“ einzuſchalten ſind.

Dieſes vorausgeſchickt bemerke ich noch Folgendes:

Zu a. Ich gebe wiederholt zu, daß in der Regel der Schuldner mit ſeiner Anzeige die Ganteröffnung durch Erkenntniß beabſichtigt; aber dieſes iſt nicht der einzig denkbare Fall; denn es kann auch ſein, daß er ſie nicht will, während ſie von den Gläubigern beantragt wird und deßhalb ſtehen ihm nach §. 822 der Proceßordnung auch Rechtsmittel zur Seite. Denn daß dieſe Rechtsmittel den Gläubigern zu gut kommen, iſt nicht wohl anzunehmen, weil, wenn ſie den Antrag auf Erlaſſung des Ganterkenntniſſes ſtellen, und dieſem Antrag willfahrt wird, ſie keiner Rechtsmittel gegen das erlaſſene Gant-

Digitized by Google

erkenntniß bedürfen; und andern Gläubigern, als ſolchen, die den Antrag geſtellt haben, wird es ja nicht eröffnet.

Nach Anſicht der beiden Herren Gegner wäre daher auch der §. 822 nur im Fall des §. 816, ſo wie ſie letztern auffaſſen, und im Fall des §. 814 Nr. 1 gar nicht praktiſch.

Zu b. Hier muß ich meinem verehrten Freund geradezu widerſprechen, daß die Abſicht des Schuldners ganz dieſelbe iſt, wie unter a. Hier kann er nicht die Abſicht haben, wie dort; hier ſind auch die Motive für den Schuldner andere; er will ſeine perſönliche Freiheit retten; er geht daher weiter und muß weiter gehen, alſo ſogleich ſein Vermögen abtreten, ohne daß er ſich noch auf Vorſchläge von Borg- und Nachlaßvergleichen verlaſſen kann.

Das Gantverfahren iſt zwar auch durch dieſen Vorgang eröffnet, allein wenn die Gläubiger dabei das Recht erhalten, das Vermögen verganten oder verkaufen zu laſſen, ſo iſt nicht einzuſehen, warum ſie ſich dieſes Rechts ſofort bedienen müſſen und woher der Richter das Recht nimmt, ſofort die Gant für eröffnet zu erklären. Haben die Gläubiger das Recht, das Einkommen aus dem Vermögen zu beziehen, ſo hat der Richter ſich nicht in der Art in die Sache zu miſchen, daß er ohne ihren Antrag ein Ganterkenntniß erläßt, gegen das ſie nicht einmal Rechtsmittel hätten.

Noch weniger kann aber hier von einem Antrag des Schuldners auf Ausſpruch der Ganteröffnung die Rede ſein; er kann nur ſein Abtreten erklären und weder er, noch der Richter können die Gläubiger durch einen Antrag auf Erlaſſung des Ganterkenntniſſes oder beziehungsweiſe durch die Erlaſſung dieſes Erkenntniſſes nöthigen, die Veräußerung des Vermögens ſofort vorzunehmen oder dazu zwingen, ſich in eine förmliche Gant ſofort einzulaſſen.

Zu c. Wie in den Fällen unter §. 814 Nr. 1, 3 und 4 und 815 und 816 möchte ich insbeſondere auch hier im Fall unter Nr. 2 die Herren Gegner fragen, ob denn bei der von mir bezeichneten Behandlungsweiſe jener weiſen Fürſorge entgegengetreten wird und ob und in wie fern dieſelbe nicht erreicht oder ob und in wie fern durch Befolgung der von ihnen geltend gemachten Anſicht ſie beſſer erreicht wird? — Abgeſehen davon, daß nach der hier vertheidigten Anſicht weder ein Gantverfahren mehr, noch eines weniger, als nach der gegentheiligen Anſicht eintritt, und daß vielleicht bei dieſem Verfahren nur eher im Sinne und nach dem ausdrücklichen Willen des Geſetzgebers die Eröffnung und Fortſetzung der einen oder der andern Gant abgewendet wird, kann auch nach dieſer Anſicht die Abſicht und der Wille des Geſetzgebers ohne unnöthige Verletzung der Verhandlungsmaxime nach allen Seiten hin erreicht werden; man kömmt dabei auch nicht in die Lage, dem Geſetz Mangelhaftigkeiten oder Inconſequenzen vorwerfen zu müſſen, und, was hier als die Hauptſache erſcheint, das von den Amtsreviſoraten, von den Aemtern und den Erbpflegern einzuhaltende Verfahren, und das Auftreten der Gläubiger wird einen geregelteren Gang nehmen, als es bisher, wenigſtens hie und da, vorgekommen iſt.

Dietz.

II.

Das zwiſchen einem würtembergiſchen Chriſten und einem ausländiſchen Juden über mehr als 50 fl. abgeſchloſſene Rechtsgeſchäft bedarf der obrigkeitlichen Beſtätigung, widrigenfalls der Chriſt, ohne beweispflichtig zu ſein, ſich des Einwandes, daß der Jude wucherlich oder betrügeriſch gehandelt habe, mit dem Erfolg bedienen kann, daß Letzterer bei Verluſt ſeiner Forderung das Gegentheil darthun muß.

Hochſtetter gegen Keppler.

In dem oben angedeuteten Sinne wurde unter vorſtehender Rubrik von zwei würtembergiſchen Gerichten gleichförmig entſchieden.

Das Königliche Oberamtsgericht Heilbronn wieß nämlich durch Urtheil vom 28. Februar 1846 den Kläger mit ſeiner Forderung, ſo weit ſie vom Beklagten nicht zugeſtanden war, unter Verfällung deſſelben in die Koſten ab, und der Königliche Gerichtshof für den Neckarkreis (zu Eßlingen) verwarf durch Erkenntniß vom 18. Juni die von dem Kläger dorthin eingeführte Berufung wegen Mangels an einer gegründeten Beſchwerde.

Entſcheidungsgründe.

I. Des Oberamtsgerichts Heilbronn.

Unbeſtritten iſt, daß Kläger und Beklagter am 19. Auguſt 1844 in Heinsheim, Großherzogthum Baden, deſſen

Digitized by Google

Staatsangehöriger der Kläger iſt, einen Kuhkauf um den Kaufpreis von 88 fl., und unter den nähern in dem über die Kaufverhandlung aufgenommenen Protokolle enthaltenen Beſtimmungen abgeſchloſſen haben.

Beklagter erklärt ſich auch bereit, an dieſem Kaufpreiſe 13 fl. 30 kr. zu bezahlen, ſetzt jedoch der Klage auf Bezahlung des ganzen Kaufpreiſes ſammt Zinſen zwei Einreden entgegen, einmal, daß die Kuh, welche er von dem Kläger gekauft habe, mit dem Vorfall behaftet geweſen, und weiter, daß er durch den fraglichen Kauf über ein Drittheil verletzt worden ſei.

Für die erſtere Einrede hat ſich Beklagter auf ein Zeugniß des Thierarztes Schott in Heilbronn, vom 18. September 1844,

für die zweite Einrede auf die Thatſache berufen, daß er die am 19. Auguſt 1844 von dem Kläger erkaufte Kuh wenige Wochen nach Abſchluß des Kaufes um fünf Kronenthaler habe verkaufen müſſen.

Der Kläger hat keine Beweismittel angezeigt.

In proceſſualiſcher Beziehung iſt zunächſt anzuführen, daß nach Art. 6 des Jurisdictionsvertrags mit dem Großherzogthum Baden vom 3. Januar 1826 das Oberamtsgericht Heilbronn als Gericht des Wohnſitzes des Beklagten, das ausſchließlich zuſtändige Gericht iſt, insbeſondere der Gerichtsſtand des Contracts im vorliegenden Falle nicht Platz greift (Art. 15 des angeführten Jurisdictionsvertrags).

Weiter iſt vor Allem in's Auge zu faſſen, daß der Kläger ein fremder Jude iſt, ſomit auf ihn nach Art. 9 des Judengeſetzes vom 25. April 1828 nicht die Beſtimmungen dieſes Geſetzes, ſondern die in Beziehung auf ausländiſche Juden beſtehenden Geſetze und Verordnungen zur Anwendung kommen.

Nach dieſen letzteren iſt nun aber ein jedes Geſchäft zwiſchen Juden und Chriſten, wenn es nicht von der ordentlichen Obrigkeit beſtätigt wird, nichtig,

> Wächter, würtembergiſches Privatrecht. Band 1. 2te Abtheilung. Seite 942. 943,

oder doch in ſo weit kraftlos, als der Chriſt behauptet, es habe der Jude wucherlich oder betrügeriſch gehandelt, in welchem Falle entweder der Jude das Gegentheil beweiſen muß, oder der Chriſt berechtigt iſt, von der Forderung des Juden dasjenige abzuziehen, um was er verkürzt zu ſein behauptet.

> Wächter, l. cit. Beſchluß des Obertribunals vom 24. October 1823.

Dieſe Beſtimmung findet nun auch auf den vorliegenden Kauf Anwendung, da derſelbe nicht von der Obrigkeit des Beklagten beſtätigt worden iſt, es iſt ferner auch im vorliegenden Falle einerlei, welcher der beiden angeführten Anſichten man beipflichtet, da Beklagter wenigſtens in der Einrede der enormen Verletzung dem Kläger den Vorwurf einer betrügeriſchen Uebervortheilung macht, Kläger ferner auch zum Beweis des Gegentheils gar keine Beweismittel vorgebracht hat, und Beklagter ſelbſt den Kauf nicht für abſolut nichtig erklärt wiſſen will, ſondern ſich aus freien Stücken bereit erklärt hat, 13 fl. 30 kr., den angeblich wahren Werth der Kuh, dem Kläger zu entrichten.

Keinem Zweifel kann es denn auch unterliegen, daß die angeführte Beſtimmung über den Verkehr mit ausländiſchen Juden in vorliegendem Falle maßgebend iſt, obgleich der Kauf, auf welchen ſie angewendet wird, zwiſchen einem Würtemberger und einem Ausländer im Auslande abgeſchloſſen worden iſt; denn dieſe Beſtimmung des würtembergiſchen Rechtes iſt eine gebietende, der Autonomie der Parteien entzogene, eine ſolche iſt nach anerkanntem Rechte nicht bloß auf die im Inlande geſchloſſenen Verträge anzuwenden, ſondern der Richter hat nach ihnen in allen Fällen, es mögen die Verträge abgeſchloſſen ſein, wo ſie wollen, zu entſcheiden.

> Wächter, würtembergiſches Privatrecht. 2ter Band. 1te Abth. S. 112.
>
> Reyſcher, würtembergiſches Privatrecht. S. 179. Nr. 5.

Hiernach war Kläger mit ſeiner Forderung, ſo weit ſie von dem Beklagten nicht zugeſtanden war, abzuweiſen, und als völlig unterliegender Theil zum Erſatz der Proceßkoſten und Bezahlung der Gerichtsſporteln zu verurtheilen.

II. Des Gerichtshofs für den Neckarkreis.

Schon in andern Fällen ging man von dem Grundſatze aus, daß auf Verträge ausländiſcher Iſraeliten mit einheimiſchen, nicht wechſelfähigen Chriſten die ältere dießfällige Geſetzgebung anzuwenden ſei.

Digitized by Google

Wenn nämlich auch nicht die ausdrücklichen Worte des Artikels 9 des Geſetzes, in Betreff der öffentlichen Verhältniſſe der iſraelitiſchen Glaubensgenoſſen vom 25. April 1828, wie Weishaar in ſeinem Handbuche des würtembergiſchen Privatrechts §. 98 annimmt, ſo ſprechen hiefür doch der ganze Geiſt dieſes Geſetzes und der Umſtand, daß ſeine Beſtimmungen nur zu Gunſten der iſraelitiſchen Angehörigen des würtembergiſchen Staates gegeben worden ſind, und ihren Vorausſetzungen zufolge gegeben werden konnten, wie dieß in früheren Fällen von hier aus bereits näher erörtert und auseinandergeſetzt worden iſt.

Nach dem früheren Rechte waren Verträge der Iſraeliten mit Chriſten nur dann gültig, wenn ſie vor der ordentlichen Obrigkeit des Chriſten eingegangen worden waren. Und auch der Gemeinbeſcheid des Königlichen Obertribunals vom 24. Oktober 1823 Ziffer 3 und 5 modificirt die Sache nur dahin, daß Verträge, zu denen die Obrigkeit des Chriſten nicht mitgewirkt, namentlich Kaufcontracte über ein Stück Vieh, ſofern der Kaufpreis mehr als 50 fl., wie hier, beträgt, zwar nicht abſolut, aber doch in ſo fern ungültig und kraftlos ſeien, als der Mitcontrahent des Iſraeliten behaupte, daß wucherlich oder betrügeriſch von Seite des Letzteren gehandelt worden ſei.

Denn, heißt es daſelbſt, ſelbſt der Zweck der älteren Geſetze beſtehe nur darin, daß die Chriſten in ihren Contracten mit den Iſraeliten, ſei es auch nicht auf eine enorme Weiſe, nicht verletzt werden. Behaupte aber der Chriſt, durch einen Contract dieſer Art auf eine wucherliche oder betrügeriſche Weiſe verletzt worden zu ſein, ſo habe der Iſraelite das Gegentheil zu beweiſen.

Reyſchers Sammlung der würtembergiſchen Geſetze. Band VI. Seite 500—502.

Im vorliegenden Falle behauptet nun der Beklagte, der ein Landmann iſt, daß er ſogar enorm verletzt, daß er betrogen ſei; daß der Kläger die fragliche Krankheit der Kuh zur Zeit des Verkaufs wohl gekannt habe, und andererſeits hat der Kläger weder in der vorigen, noch in dieſer Inſtanz das Gegentheil hievon zu beweiſen unternommen, wie er es dem Obigen zufolge verbunden ſein würde.

Dem kann auch der Umſtand nicht entgegenſtehen, daß der fragliche Vertrag im Großherzogthum Baden abgeſchloſſen worden iſt. Denn es iſt hier ein ähnliches Verhältniß, wie bei Spielſchulden. Auch jene Beſtimmungen, hinſichtlich der Giltigkeit der Rechtsgeſchäfte der Iſraeliten ſind aus fürſorgenden Rückſichten hervorgegangen, und es liegt denſelben ein förmliches Verbot zu Grund, das gar leicht durch Eingehung des Vertrages im Auslande umgangen werden könnte.

Wächter im Civilarchiv. Band 24. Seite 261, 262. 266.

Es war daher die Berufung wegen Mangels an einer gegründeten Beſchwerde ſchon in Anbetracht des Vorſtehenden, abgeſehen von den übrigen Einwendungen des Beklagten zu verwerfen, woraus ſich die Verurtheilung des Appellanten in die Koſten dieſer Inſtanz von ſelbſt ergab.

Anmerkung der Redaction.

Um dieſes Präjudiz im Vergleich zu der badiſchen Geſetzgebung gehörig würdigen zu können, dient folgendes. Es beſtimmt:

1) Das Judenedict vom 13. Januar 1809 (Reg.-Bl. Nr. 6) im Art. XXV.

„In allen Contracten und letzten Willen unterliegen ſie (die Juden) allen, aber auch keinen anderen Verpflichtungen, als welche in gleichem Falle auch den chriſtlichen Unterthanen obliegen ꝛc.“

2) Das Landrecht im Satz 11.

„Der Fremde genießt im Lande die gleichen bürgerlichen Rechte, welche das Ausland, zu welchem er gehört, dem Hieſigen durch Verträge eingeräumt hat, oder einräumen wird.“

3) Im Art. 3 des zwiſchen Würtemberg und Baden beſtehenden Staatsvertrags von 1825 (Reg.-Bl. Nr. 32) verſichern ſich beide Staaten gegenſeitige Rechtshilfe.

4) Durch den Art. 6 dieſes Vertrages, welcher von dem Gerichtsſtande handelt, iſt der ſonſt allenthalben anerkannte Satz: „locus regit actum“ nicht aufgehoben, und unter dieſer Vorausſetzung das würtembergiſche Geſetz auf einen im Großherzogthum Baden abgeſchloſſenen Vertrag kaum anwendbar.

Obiges Präjudiz dürfte übrigens zur Ausübung der Retorſion gegen würtembergiſche Juden berechtigen, und den badiſchen Juden als Warnung dienen, ſich vor dem

Digitized by Google

Verkehr mit würtembergiſchen Chriſten zu hüten, wenn ſie nicht bei entſtehenden Rechtsſtreitigkeiten vor den würtembergiſchen Gerichten den Kürzeren ziehen wollen.

D. R.

III.

Forſtberechtigungen.

In den Annalen 1846. Nr. 21. Seite 160 theilt die Redaction hinſichtlich der Forſtberechtigungen die neueſte Anſicht des oberſten Gerichtshofes, hinſichtlich der unfürdenklichen Verjährung kurz mit. Da ſolche Rechtsſtreite noch ziemlich häufig vorkommen, und regelmäßig von großer Bedeutung ſind, ſo dürfte es in dieſer ſo vielfach beleuchteten Controverſe nicht ohne Intereſſe ſein, die Entſcheidungsgründe jenes höchſten Gerichtshofes kennen zu lernen, weßhalb ich mir erlaube, Auszüge der Entſcheidungsgründe zweier oberhofgerichtlichen Urtheile des I. und II. Senats (von zwei verſchiedenen Referenten) mitzutheilen. In beiden Rechtsſtreiten ſprachen die Gemeinden Kuppenheim und Oberndorf das Recht an, aus Domänenwaldungen die Hälfte des jeweils benöthigten Bauholzes um einen Preis, welcher um einen halben Kreuzer vom Schuh (Holz) wohlfeiler iſt, als der Anſchlagspreis zu beziehen. In beiden Rechtsſtreiten erkannte das Oberhofgericht auf den zugeſchobenen Haupteid, wornach der Beklagte, Großherzoglicher Forſtfiskus, zu beſchwören habe:

„er habe weder ſelbſt wahrgenommen, noch wiſſe er, daß vom Jahr 1810 rückwärts durch unfürdenkliche Zeit, nämlich wenigſtens durch vierzig Jahre vom 1. Januar 1810 zurückgerechnet, und ohne Kenntniß von einem früheren entgegengeſetzten Zuſtande den Bürgern von Oberndorf (Kuppenheim) aus den ärariſchen Waldungen Kuppenheimer Forſts die Hälfte des jeweils bei Erbauung von neuen Häuſern, Stallungen und dergleichen benöthigten Bauholzes, und zwar um wenigſtens einen halben Kreuzer niedriger per Schuh, als der Werthanſchlag betrug, verabfolgt worden ſei.“

I. Auszug des oberhofgerichtlichen Urtheils vom 26. Juni 1845. Nr. 2742. I. Sen.

Entſcheidungsgründe.

Die Klägerin hat die in Anſpruch genommene Berechtigung, vermöge welcher ſie verlangt, daß der Großherzogliche Forſtfiskus jedem ihrer Bürger die Hälfte des jeweils benöthigten Bauholzes um einen halben Kreuzer niedriger per Schuh, als der Werthanſchlag zu verabfolgen habe, hauptſächlich auf unfürdenkliche Verjährung gegründet.

Damit iſt zur thatſächlichen Klagbegründung genug geſchehen, und Sache des Richters iſt es, den Zeitpunkt zu beſtimmen, wann dieſe Verjährung vollendet ſein muß.

Nach §. 104 des neuen Forſtgeſetzes können zwar Forſtberechtigungen, wie die hier in Frage ſtehende, nach Verkündung dieſes Geſetzes nicht mehr entſtehen, das Geſetz ſchützt aber jene, welche, ſofern ſie nicht auf einem beſonderen Rechtstitel beruhen, bei Verkündung dieſes Geſetzes in rechtmäßiger, d. h. nach den bisherigen Geſetzen rechtmäßiger, nämlich ſtatt eines Rechtstitels dienender Uebung waren, wobei alſo der Berechtigte ſich im verjährten Beſitz befindet.

Forſtberechtigungen dieſer Art ſind nämlich entweder, in ſo fern ſie als ein jedem activen Bürger einer Gemeinde zuſtehender Genuß geltend gemacht werden, nach den von der Nutzung geltenden Grundſätzen, oder in ſo fern ſie zum Vortheil der Beſitzer eines gewiſſen Gütercomplexes (Ortsgemarkung) als eine bleibende Laſt auf einem beſtimmten Areal (hier der Waldungen des beklagten Forſtfiskus) haften, nach Analogie der Grunddienſtbarkeiten, und zwar, weil bei dieſer Unterſtellung der L.R.S. 688 auf ſie vollkommen paßt, als unſtändige Grunddienſtbarkeiten zu beurtheilen.

Als Nutzungsrecht hätten ſie zwar durch Verjährung zufolge L.R.S. 625 verglichen mit 579, und als unſtändige Grunddienſtbarkeiten nach Satz 691 unter der Herrſchaft des Landrechtes nicht erworben werden können, wohl aber fand dieſe Erwerbart bei der einen wie bei der andern Gattung von Dienſtbarkeiten dem älteren Rechte nach ſtatt (*Thibaut*, Pandekten §. 1017), und war bei allen unſtändigen, d. h. bei ſolchen Real- wie Perſonalſervituten, die (wie Forſtberechtigungen) zu jeder Ausübung der Beiwirkung eines Menſchen bedürfen, unfürdenkliche Verjährung erforderlich. (Hofacker, principia juris civilis. 2ter Band. §. 1102).

Daran hat das Forſtgeſetz §. 104 in Vergleichung mit dem L.R.S. 636 nichts geändert, denn ſo wie in der letztgedachten Geſetzesſtelle (wenn man dieſelbe in

Digitized by Google

ihrem Zuſammenhang mit den unmittelbar voranſtehenden Sätzen 628 bis 635 in deren unverkennbarer Contrapoſition gegen den allein von der Erwerbung und dem Verluſt der Dienſtgerechtigkeiten der Nutzung und Wohnung handelnden Satz 625 in's Auge faßt), nur von dem Umfang und der Ausübung der Nutzung die Rede iſt, — ſo handelt auch das Forſtgeſetz im §. 100 und fgd. lediglich von der Ausübung der Forſtgerechtigkeiten, und hat mithin in Bezug auf die Entſtehung derſelben an dem ältern Rechte ſo wenig etwas geändert, als zufolge L.R.S. 2 anzunehmen wäre, daß dadurch zur größeren Belaſtung der Waldeigenthümer etwas hätte geändert werden ſollen.

Darum mußte der klagenden Gemeinde zu beweiſen auferlegt werden, daß ſie das geltend gemachte Recht durch bereits bei Einführung des Landrechts vollendet geweſene unfürdenkliche Verjährung erworben habe.

(Es folgt nun die Prüfung der einzelnen Beweismittel, welche als mißlungen erörtert werden, worauf es weiter heißt):

Darum bleibt hier nur noch der dem Großherzoglichen Forſtfiskus zugeſchobene Eid übrig.

Dieſes Beweismittel iſt an ſich — zufolge L.R.S. 1358 und Proceßordnung §. 568 vergl. mit Satz 565 — (eine Ausnahme von der hier aufgeſtellten Regel, in Bezug auf den unfürdenklichen Beſitz, iſt in keinem beſtehenden Geſetz zu finden) — wornach man ſeinem Gegner über jede Art der Streitigkeiten den Eid deferiren darf, wenn dieß nur über entſcheidende, hinreichend beſtimmte Thatſachen geſchieht — unzweifelhaft zuläſſig, nur war die Formel des Eides auf — den Erforderniſſen des Beweiſes der unfürdenklichen Verjährung — entſprechende Weiſe von Richteramtswegen feſtzuſetzen.

II. Auszug des oberhofgerichtlichen Urtheils vom 5. Februar 1846. Nr. 526. II. Sen.

Entſcheidungsgründe.

Die vorliegende Klage gründet ſich

I. auf Vertrag;

II. auf unfürdenkliche Verjährung.

(Zu I. wird zuerſt dargethan, daß die gebrauchten Beweismittel kein günſtiges Reſultat geliefert hätten, worauf es dann weiter heißt):

Zu II. Mit der in der Klage enthaltenen Behauptung, die Klägerin habe dieſe Berechtigung ſchon ſeit Jahrhunderten — ſeit undenklichen Zeiten ausgeübt, iſt auch diejenige unfürdenkliche Verjährung, worauf es bei dergleichen Forſtberechtigungen ankommt, thatſächlich genugſam begründet, weil die Entſcheidung der Frage: in welcher Weiſe die unfürdenkliche Verjährung zur Begründung eines ſolchen Rechts vollendet anzunehmen ſei, — auf die Beantwortung einer Rechtsfrage hinausläuft, daher lediglich Sache des Richters iſt. (Nun wird wörtlich fortgefahren, wie oben von den Worten: „Nach §. 104 des neuen Forſtgeſetzes bis:" daß dadurch zur größeren Belaſtung der Waldeigenthümer etwas hätte geändert werden ſollen, worauf es weiter heißt):

Darum, und weil, wenn man das Endziel der unfürdenklichen Verjährung auf den 1. September 1834 ſetzen wollte, unterſtellt würde, daß die unter dem älteren Rechte begonnene Immemorialpräſcription auch unter dem Landrecht fortgelaufen ſei, dieſe aber, wie aus Satz 2281 hervorgeht, die unfürdenkliche Verjährung nicht anerkennt, vielmehr im Satz 691 als Antiquität behandelt, mußte der Gemeinde zu beweiſen auferlegt werden, daß ſie die fragliche Berechtigung durch bereits bei Einführung des Landrechts vollendet geweſene unfürdenkliche Verjährung erworben habe.

(Es folgt nun wörtlich, wie oben die Erörterung darüber, daß Eideszuſchiebung bezüglich des unfürdenklichen Beſitzes zuläſſig ſei). Eberlein, Aſſeſſor.

IV.

Hofgericht des Oberrheinkreiſes.

Die Namensunterſchrift eines Beamten iſt nach gemeinem und vorderöſtreichiſchem Rechte zur vollen Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde in der Regel nicht nothwendig.

In Sachen Weil gegen die Wittwe Lang und deren Kinder, Erbſchaftsanſprüche betreffend, beſtätigte das Hofgericht des Oberrheinkreiſes durch Urtheil vom 15. October 1845 den amtlichen Beſcheid, wodurch der Kläger mit ſeiner Klage abgewieſen wurde.

Entſcheidungsgründe.

In Erwägung, daß die auf Veranlaſſung des beklagten Theils bei dem Amtsreviſorat Staufen erhobene Urkunde,

Digitized by Google

als ein am 21. September 1798 vor dem fürſtlichen Oberamte Heitersheim, welchem damals die freiwillige Gerichtsbarkeit über ſeine Amtsuntergebenen zuſtund, aufgenommenes Protokoll ſich darſtellt, und deßhalb als ächt gelten muß, weil ſie bei dieſer Stelle und nach deren Aufhebung bei denjenigen öffentlichen Behörden aufbewahrt wurde, welche in Beziehung auf derartige Geſchäfte an die Stelle jenes Oberamtes getreten ſind;

J. E., daß, wenn hiernach dieſe Urkunde als ein vor dem Oberamte Heitersheim errichtetes Protokoll anzuſehen iſt, auch die Vermuthung dafür ſtreitet, daß es, wenn gleich der Beamte darin nicht genannt, auch der Schreiber des Protokolles nicht unterzeichnet iſt, dennoch von dem damaligen Beamten, oder doch von einer in ſeinem Auftrag handelnden Perſon aufgenommen wurde, indem, wenn weder das eine noch das andere der Fall geweſen wäre, er oder ſeine Nachfolger im Dienſt dieſes Protokoll nicht hätten regiſtriren laſſen;

J. E., daß, wenn aber auch dieſes Protokoll, weil es nur von den Contrahirenden, nicht aber auch vom Protokollführer unterzeichnet iſt, als mangelhaft angeſehen werden müßte, und keinen vollſtändigen Beweis des darin Angeführten geben würde, dieſes Gebrechen jedenfalls dadurch gehoben wäre, daß noch eine weitere Urkunde, nämlich die bei der Inventur der Lamp'ſchen Ehefrau befindliche obrigkeitliche Beſtätigungsurkunde über den in jenem Protokoll enthaltenen Ehevertrag vorgelegt worden iſt, in welcher unter der Unterſchrift „Fürſtlich Johannitermeiſterliches Oberamt", und unter Beidrückung des Siegels dieſer Stelle beurkundet wurde, daß die in jenem Vertrag enthaltenen und wörtlich wiederholten Verabredungen getroffen worden ſind, welche Beurkundung nach den ältern Geſetzen den Vertrag vollſtändig beweiſt. Claproth von freiwilligen Gerichtshandlungen §. 247. — Cap. 1. X. de fide inst. (II. 22.);

J. E., daß der Mangel der Namensunterſchrift des Beamten die öffentliche Beweiskraft der Urkunde nicht zu ſchmälern vermag, da, abgeſehen davon, daß jedenfalls der Name der ausfertigenden Stelle unterſchrieben iſt, nach dem kanoniſchen Rechte die Beſieglung mit dem öffentlichen Siegel einer Behörde die Stelle der Unterſchrift vertritt, Cap. 2. X. l. c., auch hiezu aller Grund vorhanden war, weil man annehmen konnte, daß die Aufdrückung eines Siegels nur mit Zuſtimmung des Beamten als desjenigen, dem es anvertraut, und von welchem eine Nachläſſigkeit in Aufbewahrung deſſelben nicht zu unterſtellen war, erfolgen könne. Lauterbach, colleg. L. XXII. t. 4. §. 7. — Leyſer. Med. spec. 267. med. II.;

J. E., daß die Beſtimmung des §. 3 der Reichsnotariatsordnung vom Jahr 1512, auf welche man ſich ſchon für eine andere Anſicht berief (ſ. oberhofgerichtl. Jahrbücher VII. S. 120), auf dieſe Urkunden keine Anwendung findet, weil ſich dieſelbe nur auf Notariatsinſtrumente bezog, welche gewiß aus guten Gründen noch manchen beſondern Förmlichkeiten unterworfen wurden;

J. E., daß ebenſo die für die vorderöſtreichiſchen Lande beſtandenen Vorſchriften, abgeſehen davon, ob ſolche überhaupt für das ehemalige Fürſtenthum Heitersheim maßgebend waren, ſ. Mayer, Beiträge zur Geſchichte des badiſchen Civilrechts S. 33, nicht gegen jene Anſicht angeführt werden können, indem

a. das Dekret vom 6. Mai 1790 (Petzek, Sammlung I. S. 799) nur von der Regierung in Freiburg ausging, überdieß keine Ungiltigkeit androhte, ſondern nur bemerkte, daß, wenn die Beamten nur einmal künftig die gegebene Vorſchrift wegen Unterzeichnung der Urkunde, neben der Beſieglung außer Acht laßen, ſie für allen Schaden zu haften haben (worunter nach der Einleitung des Dekrets nur der verſtanden werden kann, welcher aus dem Mißbrauch eines Siegels etwa entſtehen wird), und

b. das kaiſerliche Hofdekret vom 19. Dezember 1791. §. 9. in fin. (Petzek a. a. O. S. 476), welches die Unterſchrift der amtlichen Fertigungen verlangte, nur als Anleitung und Belehrung an die k. k. Oberämter ergangen iſt, die Herrſchaftlichen Oberämter alſo nicht berührte. S. §. 6. in fin., und den Schluß jener Verordnung;

J. E., daß nach dem bisherigen dem Protokoll, wenigſtens in Verbindung mit der Confirmationsurkunde des Fürſtlichen Oberamts Heitersheim die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde nicht verſagt werden kann, daß ſomit, in ſo lange kein Gegenbeweis hiegegen geführt iſt, das darin Beurkundete für wahr erachtet werden muß;

J. E., daß, da der klägeriſche Theil einen ſolchen Beweis nicht verſucht, ſondern ſich auf eine bloße Nichtanerkennung des Ehevertrags beſchränkt hat, als bewieſen anzunehmen iſt, daß die Lamp'ſchen Eheleute bei ihrer Verehelichung ſich auf den Fall kinderloſen Abſterbens gegenſeitig zu Univerſalerben einſetzten;

J. E., daß mit dieſem Beweis die der Klage entgegengeſetzten zerſtörlichen Einreden vollſtändig dargethan, und ſomit die auf Ausfolgung des Nachlaſſes der Lamp'ſchen Ehefrau gerichtete Klage um ſo mehr als elidirt erſcheint, als Kläger ſelbſt zugab, daß dieſe vor ihrem Ehemann kinderlos geſtorben iſt.

Aus dieſen Gründen wurde, wie geſchehen, erkannt.

Haager.

Druckfehler.

In Nr. 29 S. 239 Col. 2 Z. 16 von unten lies andern ſtatt vorhandenen.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 33. Karlsruhe den 15. Auguſt 1846.

I.

Hofgericht des Oberrheinkreiſes.

I. Zuſtändigkeit der Gerichte in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

II. Rechtsmittel in derartigen Sachen.

III. Remiſſorien.

(Zu den oberhofgerichtlichen Entſcheidungen in Nr. 20 I., Nr. 24 III. der Annalen von 1846.)

Das Hofgericht des Oberrheinkreiſes hat in der Sache, von welcher in Nr. 24 III. geſprochen wird, nunmehr wiederholt ein Erkenntniß gegeben. Es wird ſolches am Schluſſe mitgetheilt, vorher werden aber einige Bemerkungen über die oben angedeuteten Fragen vorausgeſchickt werden.

Zu I. Bei der Wahl zwiſchen den in Nr. 24 III. der Annalen mitgetheilten, einander entgegengeſetzten Anſichten über die Zuſtändigkeit in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit dürfte ſchon die Erwägung der Reſultate, zu welchen die eine oder die andere Meinung führt, den Ausſchlag geben.

Nach der Anſicht des Großherzogl. Oberhofgerichts würde in Baden eine Spaltung der innigſt verwandten Gegenſtände, eine Vertheilung derſelben an verſchiedene Gattungen von Behörden beſtehen. Es würde z. B. die Einweiſung in die Güter eines Abweſenden, von dem man nicht weiß, ob er geſtorben iſt, vor die Verwaltungsbehörden gehören, dagegen die Einweiſung in die Güter eines wirklich Verſtorbenen nach L.R.S. 770 vor die Gerichte. Die Ermächtigung eines Minderjährigen zur Proceßführung hätten die Verwaltungsbehörden, die Ermächtigung einer Ehefrau zu demſelben Zwecke die Gerichte zu ertheilen.

Es iſt eine baare Unmöglichkeit, für eine ſolche Scheidung von dem Standpunkte der Geſetzgebung aus irgend einen haltbaren Grund aufzufinden. Alle Motive, welche für die Zuweiſung des einen Gegenſtandes an die Gerichte ſprechen und zum Theil in den oberhofgerichtlichen Entſcheidungsgründen benützt werden wollen, ſchlagen in gleichem Maaße bei dem andern Gegenſtande an und ſo umgekehrt. Es iſt auch noch nie und nirgends die Idee einer ſolchen Trennung aufgeſtellt, geſchweige denn je in's Leben geführt worden. Es müßte daher reiner Zufall oder ſonderbare Laune in der Geſetzgebung Badens ihr Spiel getrieben haben, wenn hier wirklich ein ſolcher Zuſtand vorhanden wäre.

Die andere Anſicht dagegen, welche ſchon Stabel in ſeinen Vorträgen über das franzöſiſche und badiſche Civilrecht, Seite 104—107, ausgeführt hat, bringt Einheit in die Geſetzgebung. Sie erweist dem Geſetzgeber die ihm gebührende Ehre, daß er nach Principien und nicht nach Laune verfügt habe. Dieſe Anſicht iſt gerechtfertiget durch die Grundſätze der Auslegung, welche Thibaut in ſeiner Theorie der logiſchen Auslegung ſo trefflich und klar entwickelt und mit ſchlagenden Beiſpielen gewürzt hat. Hier nur noch ein Beiſpiel dieſer Art: Wenn heute der Geſetzgeber verfügt, daß der Zeugenbeweis in ſeine früheren Rechte wieder eingeſetzt ſei, ſo würden nach dem oberhofgerichtlichen Auslegungsprincip nichts deſto weniger alle die vielen einzelnen Beſtimmungen des Landrechts über die Unzuläſſigkeit des Zeugenbeweiſes noch fortbeſtehen, weil ſie nicht ſpeciell aufgehoben worden ſind *).

*) Das Landrecht verweist die Ermächtigung der Ehefrauen zu Proceßführungen ꝛc. ꝛc. und die Einweiſung in die Gewähr erbloſer Verlaſſenſchaften an die Gerichte. Will man nun behaupten, daß dieſe Gegenſtände in das Reſſort der Polizeibehörden ge-

Digitized by Google

Es mag indeſſen, um Wiederholungen zu vermeiden, nur *Ein Grund*, auf welchen ſich das Großherzogl. Oberhofgericht vorzugsweiſe zu ſtützen ſcheint, hier noch eine kurze Würdigung finden.

Man beruft ſich nämlich zur Analogie auf den §. 779 der Proceßordnung, um hieraus zu beweiſen, daß die Einweiſung nach L.R.S. 770 ebenfalls vor die Gerichte gehöre. Es dürfte aber doch auf den erſten Blick einleuchten, worin der Unterſchied zwiſchen beiden Fällen beſteht, und daß dieſer Unterſchied gerade bei der gegenwärtigen Frage von entſcheidendem Gewichte iſt.

Der §. 779 der Proceßordnung droht in der Vorladung einen *Rechtsnachtheil* an, der demjenigen des Ganteдicts ähnlich iſt. Die nichterſcheinenden Gläubiger haben, wenn die Maſſe aufgezehrt iſt, das leere Nachſehen. Der L.R.S. 770 aber läßt die Rechte des nichterſcheinenden Erbprätendenten ganz unverſehrt. Dieſer muß nur die Rolle des Klägers gegen denjenigen übernehmen, der eingewieſen iſt, und ſiegt der Kläger, ſo muß der Eingewieſene die Maſſe reſtituiren. †)

Warum ſollte denn der Geſetzgeber in §. 743 der Proceßordnung, welcher von den Erbbeſitzklagen ausdrücklich redet, nur auf die L.R.S. 1004, 1011, 1014 und nicht auch auf den L.R.S. 770 hingewieſen oder deſſelben wenigſtens erwähnt haben, wenn er auch für dieſe Beſitzergreifung ein *gerichtliches* Verfahren anordnen wollte? ††)

Doch genug! der einzige Vergleich des Verſchollenheitsverfahrens wird alles niederſchlagen, was nur immer für die gegentheilige Anſicht angeführt werden möchte, denn jedem Grunde, den man dafür anführt, ſteht die Frage entgegen, warum aber iſt es bei dem Verſchollenheitsverfahren anders gehalten worden? †††)

Zum Schluſſe über dieſe Frage kann man indeſſen die Bemerkung nicht unterdrücken, daß nicht recht klar iſt, was die Anmerkung der Redaction auf Seite 199 aus der Thatſache ableiten will, daß unter der amtlichen Verfügung die Worte ſtehen: V. R. W. Sollte dieſes etwa für ein *Indicium* erklärt werden, daß das Amt in der Eigenſchaft als Richter und nicht als Verwaltungsbehörde habe entſcheiden wollen, ſo muß man auf ein *Gegenindicium* gleichen Ranges aufmerkſam machen. Die amtlichen Acten haben nämlich einen *gelben* Mantelbogen, auf dem geſchrieben ſteht „*Verwaltungsſache.*" „*Rechtspolizeiſache.*" Die Anſprüche des ꝛc. ꝛc. an die Verlaſſenſchaft des ꝛc. ꝛc. betreffend. ††††)

---

hören, ſo muß man eine Abänderung des Landrechtes nachweiſen können. Es fragt ſich alſo zunächſt, ob nach Einführung des Landrecht irgendwo eine ſolche Abänderung getroffen worden? Dieſe Frage muß nach dem Inhalt derſelben Geſetze, welche man für die Bejahung anruft, verneint werden.

1) Die Organiſation vom 26. Nov. 1809, Beil. lit. C §. 20 ſagt: „In Hinſicht auf die willkürliche Gerichtsbarkeit (jurisdictio voluntaria) erſtreckt ſich die Gewalt der Beamtungen der Regel nach auf alle, im Amtsbezirk wohnenden Perſonen und auf alle darin vorkommenden, hierher gehörigen Geſchäfe."

Fragt man hiernächſt weiter: welches ſind denn die hierher gehörigen Geſchäfte? ſo antwortet der Abſatz 2 daſelbſt: Inventuren, Theilungen, Pfleg-, Local-, Stiftungs-, Gemeinds-, Zunftrechnungen, Contracte und dergleichen.

2) Das II. Einführungs-Edict, welches in den §§. 9, 10, 11, 13, 15, 22 und 23 die Gegenſtände der willkürlichen Gerichtsbarkeit abhandelt, beobachtet in Bezug auf die hier beſprochenen Acte das gleiche Schweigen, wie das Organiſations-Edict.

Da an beiden Orten die Gegenſtände der willkürlichen Gerichtsbarkeit namhaft gemacht und gewiſſermaßen ſpecificirt ſind, ſo folgt nach der ziemlich geläufigen Auslegungsregel „qui dicit de uno, negat de altero" aus jenem Schweigen, daß die bemerkten Ermächtigungen und Einweiſungen nicht den Polizeibehörden anheim fallen, ſondern den Gerichten verbleiben. Ob der Geſetzgeber conſequenter gehandelt und beſſer daran gethan haben würde, wenn er dieſe und andere Geſchäfte dem Gebiet der Rechtspolizei einverleibt hätte, iſt eine Frage, welche, da es ſich dermalen de lege lata und nicht de lege ferenda handelt, hier außer Betracht bleiben muß. Es dürfte ſchon genügen, daran zu erinnern, daß der Schluß a singulari ad singulare nicht zuläſſig iſt. In keinem Falle darf ſich der Richter über den Geſetzgeber erheben, wie es andererſeits mit einer petitio principii unternommen werden will. D. R.

†) Die Verſetzung in die Lage, klagen zu müſſen, iſt auch ein Rechtsnachtheil, welcher z. B. bei Aufforderungsgeſuchen, wie aus §. 766 und 767 der Proceßordnung zu erſehen, ausdrücklich angedroht werden muß. D. R.

††) Ohne Zweifel darum, weil die im §. 743 erwähnten Fälle von dem vorliegenden weſentlich verſchieden, und weil im L.R.S. 770 die bei Erbeinweiſungsgeſuchen zu beobachtenden Vorſchriften ſchon gegeben ſind. D. R.

†††) Wahrſcheinlich aus dem Grunde, weil es der Geſetzgeber ſo für gut gefunden hat. Uebrigens wird mit ſolchen Fragen nichts bewieſen. D. R.

††††) Dieſe Note hatte lediglich den Zweck, der kategoriſchen Behauptung: das Amt Triberg ſei nach *Form* und *Inhalt* der Sache nicht in der Eigenſchaft einer *Richterbehörde* aufgetreten, ſondern es habe dieſelbe als *Rechtspolizeiſache* behandelt —

Zu II. In Sachen Huber gegen Wahl, wo es ſich um eine Beſchwerde wegen verweigerter Ermächtigung einer Ehefrau handelte, hat das Großherzogliche Oberhofgericht den Grundſatz ausgeſprochen, daß das Recht der Beſchwerde nicht beſtehe, wo es nicht ausdrücklich erlaubt ſei, daß nun eine Geſetzesſtelle nicht aufzufinden ſei, welche der vom Amte zurückgewieſenen Ehefrau ein Recht der Beſchwerde einräume, daß daher eine ſolche Beſchwerde als unſtatthaft verworfen werden müſſe. Vergl. Nr. 20 II. der dießjährigen Annalen.

Iſt dieſer Grundſatz, daß die Beſchwerde als nicht ausdrücklich erlaubt, verboten ſei, wahr, ſo folgt daraus, daß bei keinem Gegenſtande der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welcher nach der oberhofgerichtlichen Anſicht vor die Gerichte gehört, ein Beſchwerderecht ſtattfindet, weil nirgends ein ſolches eingeräumt iſt.

Die anderen vor die Verwaltungsbehörden gewieſenen Sachen haben dagegen den Vorzug, daß gegen jede amtliche Verfügung der Recurs an die höheren Behörden ergriffen werden kann.

Jener Satz ſcheint aber nicht richtig zu ſein, vielmehr verdient umgekehrt die Meinung den Vorrang, daß das Recht der Beſchwerde in allen Fällen gegeben ſei, wo eine Beſchwerde möglich iſt, und keine Ausnahme nachgewieſen werden kann, wie zum Beiſpiel die des Mangels der Appellationsſumme.

Dieſer Satz iſt ein Ausfluß der materiellen Gerechtigkeit, welche in der Handhabung der Juſtiz die erſte Rolle ſpielt und er wird gewöhnlich dahin ausgedrückt „die Summe der Rechtsmittel muß gleich ſein der Summe der möglichen Beſchwerden des Rechtsſuchenden.“

Eine andere Frage iſt freilich die, in welcher Form die Beſchwerde zu verfolgen iſt, und hier kann die eine Form die Regel, die andere die Ausnahme bilden, ſo daß die letztere Form nur da Anwendung leidet, wo ſie ausdrücklich vorgeſchrieben iſt. Dieſe von der Form geltende Regel darf man aber nicht auf das Weſen ausdehnen. Man darf nicht den Satz aufſtellen: das Verbot des Rechts der Beſchwerde iſt die Regel und die Zuläſſigkeit iſt die Ausnahme, und wer die Ausnahme nicht durch ein ſpecielles Geſetz begründen kann, wird von der Gerichtsſchwelle der höheren Behörden, deren Beruf es doch iſt, die Beſchwerden gegen die untere zu prüfen, zurückgewieſen †)

Zu III. In der unter II. erwähnten Rechtsſache hatte das Hofgericht die Beſchwerde der Ehefrau wegen ſeiner unter I. erwähnten Anſicht verworfen gleichwie in der Sache Fiskus gegen Faller. In beiden Sachen wurde die Oberappellation ergriffen. In der erſten beſtätigte das Großherzogliche Oberhofgericht das hofgerichtliche Urtheil aus dem Grunde, weil überhaupt kein Rechtsmittel in ſolchen Sachen zuläßig ſei. ††) In der zweiten aber, wo das hofgerichtliche Erkenntniß das Rechtsmittel ebenfalls unbedingt für unzuläſſig erklärt hatte, erließ das Großherzogliche Oberhofgericht eine Remiſſoria in folgender Weiſe:

Es ſei das hofgerichtliche Erkenntniß aufzuheben, die Sache als vor die Gerichte gehörig zu erklären, und dem Hofgerichte aufzutragen, über die dort ſelbſt eingeführte Appellation das weitere Rechtliche zu verfügen.

In den Entſcheidungsgründen iſt angedeutet, daß es dem Hofgericht freiſtehe, das Rechtsmittel abermals zu verwerfen, wenn es ſolches aus anderen Gründen für unzuläſſig erachte.

Dieſe beiden Erkenntniſſe, die kurz nacheinander ergingen, widerſprechen ſich offenbar. Wurde in der einen Sache remittirt, ſo mußte es auch in der andern geſchehen, und ſo umgekehrt. Indeſſen ſcheint ziemlich klar, daß die Remiſſoria unrichtig iſt. Der Oberrichter hat nach alten bekannten Proceßgrundſätzen zu prüfen, ob das

---

einen beſcheidenen Zweifel entgegen zu ſtellen. Das Appendix „B. R. W.“ iſt nämlich eine durch den §. 8 des XII. Organiſationsreſcripts vom 2. Mai 1808 bloß für richterliche Erkenntniſſe vorgeſchriebene Form, welche mit dem gelben Mantel nicht verhüllt werden kann. D. R.

†) Dieſe Belehrung verdient allen möglichen Dank, weil ſie das Zugeſtändniß in ſich trägt, daß nicht angegeben werden kann, welches Rechtsmittel gegen die gerichtliche Verſagung der Ermächtigung einer Ehefrau zuläſſig wäre. D. R.

††) Die Oberappellation wurde, inſoweit die Beſchwerde gegen die Verſagung der Ladung auf die Klage gerichtet war, für unſtatthaft erklärt, weil die Ehefrau zur Ergreifung dieſes Rechtsmittels nur mit Ermächtigung des Mannes oder — in deren Ermangelung — des Gerichts befugt geweſen wäre. Daß aber wegen der Ermächtigung, welche der Klage jedenfalls hätte vorangehen müſſen, der gewöhnliche Inſtanzenzug für bürgerliche Rechtsſachen nicht ſtattfinde, iſt in Nr. 20 dieſer Zeitſchrift bereits nachgewieſen und bis jetzt nicht widerlegt worden. D. R.

Digitized by Google

Erkenntniß, ſo wie es lautet, eine **materielle** Beſchwerde enthalte. Als Mittel zu dieſem Zwecke mag er zwar auch die vorderinſtanzlichen Entſcheidungsgründe prüfen, findet er aber dieſe unrichtig, ſo iſt damit noch lange nicht geſagt, daß das Erkenntniß beſchwerend ſei. Es kann ja aus anderen Gründen ein gerechtes ſein, und iſt dieſes wirklich der Fall, ſo wäre nicht einzuſehen, warum etwas an dem Erkenntniſſe abgeändert werden ſollte, denn nicht die Entſcheidungsgründe, ſondern das Erkenntniß ſelbſt iſt Gegenſtand der Reformation. Eine Remiſſoria wäre nur etwa dann denkbar, wenn das Hofgericht erkannt hätte, das Rechtsmittel findet hier nicht ſtatt. So aber hat es nicht erkannt, und konnte und wollte auch nicht ſo erkennen, weil es ſich nicht darum handelt, ob dieſes oder jenes Gericht competent ſei, ſondern weil man ein **gerichtliches** Rechtsmittel überhaupt nicht als zuläſſig erachtet hat. *)

Zum Schluſſe wird noch folgende Entſcheidung des Hofgerichts des Oberrheinkreiſes in Sachen Fiskus gegen Faller mitgetheilt. Durch Erkenntniß vom 4. Juli d. J. wurde nämlich unter nochmaliger Verwerfung der anher ergriffenen Appellation die Verfügung des Bezirksamtes Triberg vom 17. Juni 1844 beſagend:

Es werde dem Großherzoglichen Fiskus vorbehaltlich der Rechte Dritter insbeſondere des Johann Georg Faller von Furtwangen die Einſetzung in die Gewähr der Verlaſſenſchaft des Karl Dorer zu Gütenbach ertheilt — aufgehoben, und der Fiskus mit ſeinem Begehren um Einweiſung in die Gewähr der Verlaſſenſchaft des Karl Dorer unter Verfällung in die Koſten zur Zeit abgewieſen, aus folgenden Gründen.

In Erwägung, daß nach L.R.S. 811 eine Verlaſſenſchaft nur dann als erblos angeſehen werden kann, wenn Niemand erſcheint, der ein Erb- oder ein Erbfolgerecht in Anſpruch nimmt, daß ferner nach L.R.S. 770 die Einſetzung in die Gewähr einer Erbſchaft ſchon dadurch verhindert wird, daß auf die öffentliche Bekanntmachung Perſonen auftreten, welche ein Erbrecht oder ein dem Petenten vorgehendes Erbfolgerecht anſprechen, indem die allſeitige Wahrung des Intereſſe ſolcher Dritter ja gerade der Zweck des vorſchriebenen Verfahrens iſt.

J. E., daß ſomit auch die Einweiſung der Staatskaſſe in den Beſitz eines von ihr erblos angeſprochenen Nachlaſſes nicht erfolgen kann, wenn ein Anderer auf ſolchen ein Erb- oder ein vorgehendes Erfolgerecht anſpricht, indem hier alsdann vorerſt im Wege des bürgerlichen Rechtsverfahrens über dasſelbe entſchieden und nöthigenfalls auch bei dem **Richter** die geeignete Anordnung zur Erhaltung des Streitgegenſtandes bis nach entſchiedenem Streite nachgeſucht werden muß;

J. E., daß das Bezirksamt Triberg, wenn es unge-

*) Das Großherzogliche Hofgericht hat durch ſein Erkenntniß vom 23. Mai 1845 den amtlichen Beſcheid vom 17. Juni 1844 weder beſtätigt noch abgeändert, ſondern die dorthin ergriffenen Rechtsmittel als unzuläſſig verworfen, und alſo — wie offen zu Tag liegt — in der Sache ſelbſt nicht entſchieden weil es der rechtlichen Ueberzeugung war, daß ein nicht vor die Gerichte gehöriger Gegenſtand der Rechtspolizei in Frage ſei. Dieſes Erkenntniß war für **Faller**, nachdem die Großherzogliche Kreisregierung deſſen Recurs ſchon vorher von der Hand gewieſen hatte, um deswillen beſchwerend, weil durch die Verwerfuug der nunmehr an das Großherzogliche Hofgericht eingewandten Rechtsmittel der amtliche Beſcheid bei Kraft blieb. Wäre dem nicht ſo, dann ließe ſich kaum bezweifeln, wie der Großherzogliche Fiskus durch das nachträgliche Urtheil des Großherzoglichen Hofgerichts vom 4. Juli d. J. hätte abgewieſen werden können. Mag man nun annehmen, das Großherzogliche Hofgericht habe, weil ihm die Sache überhaupt nicht vor ſein Forum zu gehören ſchien, durch das erſte Erkenntniß vom 23. Mai 1845 die Ladung auf die Apellation, beziehungsweiſe Beſchwerdeführung verſagt, oder die erkannte Ladung wieder aufgehoben, ſo war der Fall immerhin unter die analoge Beſtimmung des §. 357 der Proceßordnung zu ſubſumiren, und daher nach §. 1238 die Remiſſoria in dieſer nach der oberhofgerichtlichen Entſcheidung vor den Richter gehörigen Sache vollkommen gerechtfertigt, damit nicht die mittlere Inſtanz überſprungen werde. Mit dem Widerſpruche, in welcher der oberſte Gerichtshof bei dieſer Gelegenheit, gegenüber der Entſcheidung in Nr. 20 gerathen ſein ſoll, hat es keine Noth. Bei ruhiger Betrachtung wird weder der logiſche, noch der juriſtiſche Verſtand einen Widerſpruch darin finden, daß in jedem von zwei ganz verſchiedenen Fällen, anderſt entſchieden wurde. Wenn es einer Partei, wie dort der **Huber**ſchen Ehefrau, an der persona standi in judicio, an der Legitimation zum Proceſſe fehlt, ſo würde doch wahrhaftig die Verhandlung und Entſcheidung der Sache ſelbſt oder eine darauf abzielende Remiſſoria ganz am unrechten Orte ſein. Die ſo überaus nackt hingeworfene Behauptung „wurde in der einen Sache remittirt, ſo mußte es auch in der andern geſchehen und ſo umgekehrt", wird alſo nach dem bisherigen nichts zu bedeuten haben.

D. R.

Digitized by Google

achtet der vom Joh. G. Faller erhobenen Erbſchaftsanſprüche auf den Grund des L.R.S. 770 und folgeweiſe in Form eines Aktes der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Großherzogliche Staatskaſſe in die Güter des Verſtorbenen, gleich als wären ſie jetzt ſchon als erblos zu betrachten, eingewieſen hat, die angeführten Beſtimmungen des Geſetzes verletzte;

I. E., daß nach allgemein anerkannten Rechtsgrundſätzen, ſo wie nach der Natur der Sache und kraft der Beſtimmung, zu welcher die höheren Behörden den niederen vorgeſetzt ſind, der Oberrichter im Zweifel und ſo lange keine Ausnahme nachgewieſen iſt, das Recht der Beſchwerde gegen jede Verfügung zulaſſen muß, durch welche überhaupt ein Unrecht ausgeſprochen oder ein Nachtheil zugefügt ſein *kann*;

I. E., daß dieſer Grundſatz auch insbeſondere von der badiſchen Proceßordnung anerkannt iſt, indem ſie das Recht der Beſchwerde ſelbſt gegen proceßleitende Verfügungen, (interlocutiones merae *) geſtattet, ſoferne dieſe ausnahmsweiſe von der Art ſind, daß ſie eine Partei benachtheiligen können; §. 391 der Proceßordnung. Art. 3 der Proceßnovelle;

I. E., daß die fragliche Verfügung des Bezirksamtes Triberg nicht nur im Allgemeinen von der Art iſt, daß ſie einen Nachtheil zufügen kann, ſondern wie bereits gezeigt, auch wirklich beſchwerend iſt, es ſich mithin nur noch darum handeln kann, welche *Form* der Beſchwerde als zuläſſig erſcheint;

I. E., daß in vorliegendem Falle, ſowohl die Formalien der Appellation als auch die der Beſchwerdeführung in jeder Beziehung des Verfahrens eingehalten worden ſind, mithin nur noch die Form des Erkenntniſſes von der Zuläſſigkeit der einen oder der andern Art des Beſchwerderechts bedingt iſt;

I. E., daß eine Appellation hier darum nicht als ſtatthaft erſcheint, weil das Bezirksamt Triberg, indem es eine Einweiſung in den Beſitz auf den Grund des L.R.S. 770 ausgeſprochen hat, nicht in der Eigenſchaft als Richter, im Sinne des §. 1162 **) der Proceßordnung einen Streitgegenſtand zu- oder abgeſprochen haben kann, mithin nur die Beſchwerdeführung als zuläſſig erſcheint.

Aus dieſen Gründen wurde wie geſchehen erkannt.

Haager.

II.

Irrthum und Betrug kann im Wege der Einrede, ohne das Begehren, den Vertrag aufzuheben, wirkſam geltend gemacht werden.

Hofgericht des Oberrheinkreiſes.

Tuchfabrikant M. ſchloß mit drr Großherzoglichen Oberpoſtdirektion einen Lieferungsvertrag über mehrere hundert Poſtillions-Collets ab, die Schneiderarbeit überließ er dem Schneider A. in einem beſondern Vertrag, worin im §. 7 geſagt iſt.

„Für die nicht nach Muſter gefertigt befundenen und nicht angenommenen Collets hat A. dem M. für das hiezu gegebene und verwendete Tuch per Elle, und zwar für die Elle gelbes 2 fl. und für die Elle rothes 2 fl. 30 kr. und für die Elle Canefas 12 kr. ſogleich zu bezahlen und für die ausgeſchiedenen Collets nach Muſter wieder neue zu liefern."

Auf die Ablieferung einer Parthie Collets wurde dem Akkordanten M. von der Großherzoglichen Oberpoſtdirektion reſcribirt.

„Nach obigem Bericht (der Materialverwaltung) ſind die hieher abgelieferten Poſtillions-Collets nicht akkordmäßig angefertigt. Es iſt nämlich die Qualität des hiezu verwendeten Tuchs geringer als die des Muſtercollets; ferner ſind die Collets über die Bruſt zu weit und an der vordern Seite ꝛc."

Sämmtliche Collets können daher wegen mangelhafter und den Akkordbeſtimmungen zuwiderlaufender Anfertigung nicht angenommen werden ꝛc. Wir erwarten, daß dagegen alsbald andere, genau nach dem Akkord und Muſter angefertigte Collets anher werden überſendet, auch überhaupt die übrigen Collets in guter und preiswürdiger Qualität werden gefertigt werden."

M. theilte hierauf dem Schneider A. eine Abſchrift obigen Erlaſſes mit der Aufforderung mit, gemäß §. 7 des zwiſchen ihnen abgeſchloſſenen Vertrags ihn zu entſchädigen. Er erwirkte dadurch von A. die Zuſage, die auf

*) Was man in der Wiſſenſchaft unter interlocutiones merae verſteht, darüber vergl. *Linde*, Proceß §. 167. D. E.

**) Wird heißen ſollen: 1172. D. R.

Digitized by Google

1090 fl. 45 kr. berechnete Entſchädigung zu leiſten und M. zog im Betrag dieſer Summe einen Wechſel auf A. Dieſer acceptirte auch den Wechſel, verweigerte jedoch nachher die Zahlung, weil er durch Täuſchung zur Uebernahme der ihm angemutheten Verbindlichkeit beſtimmt worden ſeie. In der dem A. mitgetheilten Abſchrift des Erlaſſes der Oberpoſtdirektion iſt nämlich die ganze, die Qualität des Tuchs betreffende Stelle weggelaſſen und ſolcher ſo gefaßt: „Nach obigem Bericht ſind die hieher abgelieferten 50 Stück Poſtillions-Collets nicht akkordmäßig angefertigt. Es ſind die Collets über die Bruſt zu weit und an der vordern Seite ꝛc.“ Der Brief, womit M. den A. von dem Erlaſſe unter Aufforderung der Erſatzleiſtung in Kenntniß ſetzte, heißt wörtlich: „Angeſchloſſen folgt ein ſo eben empfangener Erlaß über die Ablieferung der erſten 50 Stück Poſtillions-Collets von der Großherzoglichen Direktion der Poſt- und Eiſenbahnen in Abſchrift, wornach Sie erſehen, daß ſolche nicht nach Muſter angefertigt ſind und mich damit ſehr in Verlegenheit bringen ꝛc.“

Der von M. beim Stadtamte Freiburg auf Zahlung des Wechſelbetrags erhobenen Klage ſetzte A. unter Zugeben des Klagvortrags die Einrede der Irrthums und Betrugs entgegen und bat lediglich um Abweiſung des Klägers.

Der Unterrichter verurtheilte jedoch den Beklagten, indem er auf den Grund der L.R.S. 1117 und 1304 von der Anſicht ausging, daß die Einrede darum keine Berückſichtigung verdiene, weil nicht zugleich die Umſtoßung des Uebereinkommens vom Beklagten verlangt worden ſei. — Das Hofgericht des Oberrheinkreiſes erkannte aber dieſe Anſicht für irrig und änderte dahin ab.

„Daß Kläger mit der erhobenen Klage unter Verfällung in die Koſten beider Inſtanzen abzuweiſen ſei.“

In den hofgerichtlichen Entſcheidungsgründen iſt geſagt:

—·— „Der Beklagte ſetzte der Klage die Einrede des Irrthums beziehungsweiſe des Betrugs entgegen, indem er behauptete, er ſei zur Eingehung jenes Uebereinkommniſſes beſtimmt worden durch die ihm vom Kläger mitgetheilte unrichtige Abſchrift des Erlaſſes der Großherzoglichen Oberpoſtdirektion vom 2. Februar 1844, wornach allerdings die fehlerhafte Fertigung allein als die Urſache der Zurückweiſung der Collets erſcheine. Erſt ſpäter — nach dem Uebereinkommniſſe, habe er theils mündlich bei der Oberpoſtdirektion erfahren, theils aus einer richtigen Abſchrift ihres Erlaſſes erſehen, daß der Kläger in der ihm mitgetheilten Abſchrift die Worte weggelaſſen habe: „Es iſt nämlich die Qualität geringer als die des Muſtercollets ꝛc.“, woraus erhellt, daß die Zurückweiſung vorzüglich wegen der dem Kläger zur Laſt fallenden akkordwidrigen Beſchaffenheit des Tuchs geſchehen ſei. Ohne die Vorenthaltung dieſer Thatſache würde er ſich niemals zu dem Abkommen und beziehungsweiſe der Entſchädigung von 1090 fl. 45 kr. verſtanden haben. Der Irrthum, den der Kläger durch ſeine Täuſchung hervorgebracht habe, ſei ein weſentlicher, und darum das Uebereinkommen nichtig, weßhalb um Abweiſung der Klage gebeten wird. Der Kläger anerkannte die dem Beklagten mitgetheilte, lückenhafte Abſchrift des Erlaſſes der Oberpoſtdirektion, und das Schreiben vom 5. Februar, womit er dem Beklagten jene Abſchrift und die Aufforderung zur vertragsmäßigen Entſchädigung zugehen ließ, ſowie auch die vom Beklagten weiter vorgelegte beglaubigte Abſchrift des mehr gedachten (vollſtändigen) Erlaſſes, wollte aber nicht wiſſen, wer jene erſte Abſchrift gefertigt habe. Der Unterrichter verurtheilte den Beklagten nach dem Klagbegehren. Die hiergegen vom Beklagten erhobene Beſchwerde iſt begründet. Wenn der L.R.S. 1117 auch ſagt, daß ein Vertrag, der durch Irrthum ꝛc. zu Stande kam, nur einer Klage auf Vernichtung oder Umſtoßung ausgeſetzt ſei, und wenn ferner auch der L.R.S. 1304, worauf in jener Beſtimmung Bezug genommen wird, wieder nur von einer Klage ſpricht, ſo iſt doch damit keineswegs ausgedrückt, daß dieſe Nichtigkeitsgründe ſchlechthin an die Form der Klage gebunden ſeien; vielmehr will das Geſetz damit nur ſagen: daß dieſe Gründe den Vertrag nicht kraft Geſetzes, (de plein droit) vernichten, ſondern der Geltendmachung durch die Betheiligten bedürfen, im Gegenſatz zu den Gründen, welche für ſich ſchon und ohne Zuthun der betheiligten Partei den Vertrag nichtig machen, ſo daß ſie der Richter ſelbſt von Amtswegen berückſichtigen muß, wie z. B., wenn der Ehemann auf das ihm in L.R.S. 1421 verliehene Recht der Verfügung über das Gemeinſchaftsvermögen verzichtet, oder daſſelbe auf die Ehefrau über-

Digitized by Google

tragen hätte. Das Landrecht läßt daher den gemeinrechtlichen Satz: daß man ſein Recht, ſofern dieß nach den allgemeinen Rechtsbegriffen überhaupt möglich iſt, nach Willkür klagend oder einredend verfolgen könne, in ſeiner vollen Geltung; und auch der L.R.S. 1304 ändert daran nichts, er ſpricht nur von der Friſt, in welcher die Vernichtungs- oder Umſtoßungsklage, wenn ſich der Betheiligte derſelben bedienen will, anzuſtellen iſt.

Iſt dieß aber richtig, ſo kann man nicht mit den unterrichterlichen Entſcheidungsgründen behaupten, daß Derjenige, welcher ſich einer ſolchen Einrede bedient, nothwendig das Begehren der Aufhebung des Vertrags ſtellen, d. h. eine Widerklage erheben müſſe, wenn gleich nicht zu bezweifeln iſt, daß er das thun könne und es auch häufig ſeinem Intereſſe zuträglicher ſein mag. Es kann jedoch auch eben ſo wenig bezweifelt werden, daß er ſich auch auf die bloße Einrede der Nichtigkeit (nullité) beſchränken könne; denn wer befugt iſt, die Vernichtung oder Umſtoßung eines ganzen Vertrags zu verlangen, der muß nothwendig auch das Recht haben, das Weniger, die Unſtatthafterklärung eines einzelnen aus dem Geſchäft abgeleiteten Anſpruches, das iſt die Abweiſung der Klage, ſchlechtweg zu begehren. Es wäre auch ungerecht, in ſolcher Weiſe denjenigen, welchem eines der in S. 1118 bezeichneten Hülfsmittel zur Seite ſteht, überall zur Geltendmachung deſſelben im Weg der Klage zu nöthigen. Bei allen noch unerfüllten Verträgen, oder wo derſelbe im Beſitze iſt, ſteht ihm entweder eine Klage proceſſualiſch gar nicht zu, oder ſeine natürliche Stellung bringt es wenigſtens mit ſich, mit dem Gebrauch des geſetzlichen Schutzmittels zuzuwarten, bis der Andere klagt. Dieſe Anſicht findet zu allem Ueberfluß auch in dem L.R.Zuſ. 1117 a ausdrückliche Beſtätigung.

Es kann daher nur noch auf den Beweis der Einrede ankommen, dieſer iſt ſchon vollſtändig in dem Schreiben des Klägers und in den beiden Abſchriften des mehrgedachten Erlaſſes der Großherzoglichen Oberpoſtdirektion enthalten. Daraus geht nämlich hervor, daß der Kläger, ob er die lückenhafte Abſchrift jenes Erlaſſes ſelbſt gefertigt habe oder nicht, den Beklagten durch Mittheilung dieſer, ihm Kläger bei der Abſendung doch nothwendig nach ihrem Inhalt genau bekannten Abſchrift, welcher jener Glauben zu ſchenken berechtigt war, über einen weſentlichen Punkt in Irrthum geführt, nämlich zu der Annahme veranlaßt hat, daß die fehlerhafte Arbeit allein der Beſtimmungsgrund der Nichtannahme geweſen, der Fall des §. 7 des Vertrags vom 24. Dez. 1840 folglich eingetreten ſei, während doch in Wahrheit unter den Urſachen der Annahmsverweigerung gerade die „viel geringere Qualität" des Tuchs darin zuerſt aufgeführt wird. Wenn auch unausgemittelt iſt, wie viel Gewicht bei der Zurückweiſung auf die akkordwidrige Qualität und wie viel auf die mangelhafte Arbeit gelegt wurde, ſo kann doch ſchon nach der Natur der Sache ſo wie nach der Voranſtellung jenes Mangels am Stoff und der nachfolgenden beſondern Anempfehlung, „guter und preiswürdiger Qualität" im Erlaſſe der Großherzoglichen Oberpoſtdirektion ſo viel unbedenklich angenommen werden, daß bei Bildung des Urtheils der beſtellenden Behörde über die Nichtannahme, die akkordwidrige Qualität des Tuchs weſentlich eingewirkt habe, daß ſomit, wenn man auch nicht geradezu mit dem Beklagten annehmen will, die Oberpoſtdirektion würde ohne die ſchlechte Beſchaffenheit des Tuchs die Collets angenommen oder ſich die Verbeſſerung haben gefallen laſſen, doch der Kläger die Nichtannahme der Collets nicht minder verſchuldet hat, als der Beklagte. Da ſich dadurch die Entſchädigungsfrage ganz anders geſtaltet (L.R.Zuſ. 1148 a), ſo muß auch der Irrthum hierüber nothwendig als ein weſentlicher (caussam dans) angeſehen und deßhalb angenommen werden, daß der Beklagte, wäre ihm darüber die Wahrheit nicht, wie geſchehen, vorenthalten worden, ſich zu der eingeklagten Entſchädigung nicht verſtanden haben würde.

Der Kläger hat zwar die Identität des zu den Collets verwendeten Tuchs bezweifelt und behauptet, daß der Beklagte mit der Annahme und Verarbeitung des Tuchs auch die Verantwortlichkeit für die Qualität deſſelben auf ſich genommen habe. Allein das Letztere iſt nach dem Inhalte des Vertrags, wornach der Beklagte ſich lediglich um die Schneiderarbeit zu bekümmern hatte, offenbar unrichtig; die erſtere Beanſtandung aber verliert ſchon dadurch ihr Gewicht, daß Kläger nicht nur in der Klage davon nichts erwähnt, ſondern auch in der von ihm mitgetheilten Abſchrift gerade die auf die Qualität des Tuchs bezughabende Stelle weggelaſſen hat, was ſich

Digitized by Google

nur dadurch erklären läßt, daß er dieſen Tadel damals auf ſich bezog, nicht aber auf den Beklagten. Die Klage iſt hiernach durch die Einrede des Irrthums beziehungsweiſe Betrugs entkräftet. L.R.S. 1109, 1110, 1131.

Aus dieſen Gründen und nach §. 169 der Proceßordnung wegen der Koſten mußte wie geſchehen abändernd erkannt werden.

Das Großherzogliche Oberhofgericht (II. S.) beſtätigte unterm 16. April d. J. aus denſelben Gründen das hofgerichtliche Erkenntniß *) Zentner.

III.

Begreift die auf dem alten Zehenden ruhende Baupflicht auch die Verbindlichkeit, *den Bauplatz anzuſchaffen*, in ſich?

Hauſach gegen Fürſtenberg.

Der Kirchſpielszehend von Hauſach ſteht der fürſtlichen Standesherrſchaft Fürſtenberg zu, von welcher die Baupflicht hinſichtlich der daſigen Kirche unweigerlich anerkannt iſt.

Das Kirchſpiel verlangte aber auch, daß der Bauherr zur Anſchaffung des Platzes für den von den Verwaltungsſtellen angeordneten Neubau der Kirche zu Hauſach verurtheilt werden ſolle, und ſtützte dieſes Begehren auf das Axiom, accessorium sequitur suum principale. Beklagterſeits wurde jedoch dieſe Verbindlichkeit mit dem Anfügen abgelehnt, daß der fundus das principale, der Bau hingegen das accessorium und ſomit jenes Axiom hierher nicht anwendbar ſei.

Wie uns ſcheint, hätte man ſich darauf nur berufen können, wenn die Verbindlichkeit zur Anſchaffung des Platzes außer Zweifel geſtellt und nun zu deduciren geweſen wäre, daß Derjenige, welchem dieſe Verbindlichkeit obliege, auch ſchuldig ſei, die Kirche zu bauen.

Indeſſen würde dieſe Deduction bei den Gerichten ſchwerlich Anklang gefunden haben.

Das Großherzogliche Hofgericht wieß auch die Klage als unbegründet ab.

Dieſes Urtheil erhielt am 2. Juli 1846 die oberhofgerichtliche Beſtätigung.

Gründe.

Die nach L.R.S. 710 d c. dem Kirchſpielszehenden für die Fälle, wo nicht ein hinreichendes Kirchenvermögen vorhanden und nicht eine Baufreiheit beſonders erwieſen iſt, aufliegende Laſt des *Beitrags zu Kirchenbaubedürfniſſen* erſtreckt ſich zu Folge §. 7 des Geſetzes vom 26. April 1808 (R.Bl. Nr. 13) auf die Bau- und Unterhaltungs-, Erweiterungs- Wiederherſtellungs-Koſten der *ganzen Kirche*, ihres *Hofumfangs* (wo einer für die Kirche ihrer Lage wegen nöthig iſt) und ihres *nothwendigen Inngebäudes*. Schon hieraus geht hervor, daß der Zehende, auch wenn ihn die Baupflicht trifft, den *Platz* für Kirche und Thurm nicht anzuſchaffen hat.

Insbeſondere beſchränkt der §. 28 des allegirten Geſetzes die Baupflicht des Zehendherren auf die *Umfaſſung* des als *Kirchenvorhof* dienenden Platzes.

Aus dem in der Beſchwerdeſchrift angerufenen Axiom „qui dicit de uno, negat de altero“ folgt daher für den vorliegenden Fall, daß der Zehendherr nicht verpflichtet iſt, den Bauplatz zu ſtellen.

Von einer analogen Anwendung der lehenrechtlichen Grundſätze kann hier deßhalb keine Rede ſein, weil dieſelben mit den hinſichtlich der Baupflicht des Kirchſpielszehenden geltenden Vorſchriften nicht entfernt verwandt ſind. L.R.S. 4. a.

Es hat vielmehr das Kirchſpiel als diejenige Perſon, für deren Nutzen die Kirche gebaut wird, den hiezu dienlichen Platz anzuſchaffen ꝛc. D. R.

*) Aehnlich wie hier vom Richter erſter Inſtanz geſchehen iſt, wurde vom Großherzoglichen Hofgerichte des Seekreiſes (in Sachen des Junkers von Mandach gegen Meier Levi Dreifuß) die der Einrede des Ganivergleichs entgegengehaltene *Replik* der Nichtigkeit aus dem Grunde für unſtatthaft erklärt, weil der Vergleich nur durch eine *Nichtigkeitsklage* angefochten werden könne. Das Großherzogliche Oberhofgericht (I. S.) hat, von gleichen proceſſualiſchen Grundſätzen ausgehend, wie ſie der Entſcheidung im vorſtehenden Falle zu Grund gelegt ſind unterm 9. Juli d. J. das Vorbringen der Nichtigkeit im Weg der Replik im Allgemeinen für ſtatthaft erkannt, das hofgerichtliche Erkenntniß jedoch aus andern Gründen beſtätigt.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. №. 34. Karlsruhe den 22. Auguſt 1846.

I.

1) Findet die Aufforderung zur Klage im Falle des §. 762. der Proceßordnung auch dann ſtatt, wenn die behaupteten oder ausgeſtreuten Anſprüche noch nicht verfallen ſind? (L.R.S. 1186.)

2) Findet eine ſolche Aufforderung dann nicht ſtatt, wenn der Auffordernde das Beſtehen einer Schuldurkunde zugibt? §. 764.

L. Mayer von N. B. forderte den Aron Bär daſelbſt zur Klage auf, weil dieſer behaupte, Kläger ſchulde ihm 100 fl. aus Darleihe.

Der Beklagte geſtand zu, dieß behauptet zu haben und berief ſich auf eine angeblich vom Kläger ausgeſtellte Schuldurkunde; wendete aber ein, er könne eine Klage noch nicht erheben, weil die Schuld erſt nach einigen Monaten fällig werde, weßhalb er die Klage zur Zeit abzuweiſen bat.

Kläger anerkannte zwar, dem Beklagten eine Schuldurkunde über 100 fl. ausgeſtellt zu haben, widerſprach aber, von dem Beklagten eine Darleihe empfangen und die Verbindlichkeit zu haben, jene 100 fl. zu zahlen.

Nun wieß das Amt die Klage ab, weil dem Kläger ſelbſt eine Klage auf Umſtoßung des Vertrags zuſtehe.

Hiergegen appellirte der Aufforderungskläger und machte geltend, er habe ja nicht zugeſtanden, daß die Urkunde über eine Darleihe ausgeſtellt ſei.

Das Hofgericht des Unterrheinkreiſes (II. Civ.-Sen.) änderte auf gepflogene Verhandlungen das Urtheil dahin ab:

> Der Aufgeforderte habe binnen vier Wochen eine Klage auf Rückzahlung des behaupteten Darleihens von 100 fl. zu erheben und dem Auffordernden einhändigen zu laſſen, widrigenfalls ſein Klagrecht für erloſchen erklärt würde,

und zwar aus folgenden

Gründen:

A. Bär gibt zu, daß er behaupte, an L. Mayer eine Darlehensforderung von 100 fl. zu haben. Da nun dieſer eine ſolche Schuld nicht anerkannt, iſt ſein Verlangen, jenen zur gerichtlichen Geltendmachung des Anſpruchs anzuhalten, nach §. 762 der Proceßordnung begründet.

Der Aufgeforderte hält zwar entgegen, daß ſeine Forderung noch nicht verfallen ſei, er vor Ablauf der bedungenen Zeit nicht klagen könne und daher auch die Aufforderung zur Zeit unſtatthaft erſcheine. *) Allein das Geſetz macht keine Unterſcheidung zwiſchen dem Berühmen mit fälligen oder mit betagten Anſprüchen und es würde eine derartige Unterſcheidung auch mit ſeinem Grund und Zweck im Widerſpruch ſtehen. Es will, daß Niemand durch das Ausſtreuen ungegründeter Anſprüche beunruhigt oder benachtheiligt werde, darum erlaubt es Jeden, der einen nicht anerkannten Anſpruch behauptet, zu nöthigen, daß er denſelben ſofort klagend geltend mache oder ewig ſtill ſchweige. Würde man die Aufforderung zur Klage auf den Fall beſchränken, wo der Aufgeforderte

---

*) Wenn der angebliche Schuldner ſelbſt verlangt, daß jetzt ſchon gegen ihn geklagt werde, ſo verzichtet er dadurch auf die exceptio actionis nondum natae, welche auf Seiten des Gläubigers als eine exceptio de jure tertii erſcheint. Liegt aber ein rechtskräftiges Urtheil vor, welches den Diffamanten zum Klagen nöthigt, dann hat derſelbe nicht zu fürchten, daß der Richter den §. 360 der Proceßordnung ur Anwendung bringen werde, weil der Grund dazu durch jenes Urtheil im Voraus beſeitigt iſt. D. R.

Digitized by Google

ſich rühmt, eine verfallene und erhebbare Forderung zu haben; gegen das Ausſtreuen bedingter oder betagter Anſprüche aber keinen Schutz verleihen, ſo würde man offenbar dieſen Zweck des Geſetzes vereiteln und eine mit ſeiner allgemeinen Wortfaſſung nicht zu vereinigende Unterſcheidung hineinlegen. Ueberdieß würde die Unterſuchung der Frage, ob der Anſpruch verfallen iſt oder nicht, ein Eingehen in die Materialien des künftigen Proceſſes und ein Verhandeln über die rechtliche Beſchaffenheit der behaupteten Forderung nöthig machen, was nach §§. 767 und 768 der Proceßordnung nicht zuläſſig iſt.

Es kann auch nicht behauptet werden, daß der Aufgeforderte dadurch in die Lage verſetzt werde, eine zur Zeit nicht ſtatthafte und darum erfolgloſe Klage erheben zu müſſen. Denn, wenn er auch die ſofortige Rückzahlung der dargeliehenen Summe nicht begehren kann, L.R.S. 1899, ſo iſt ihm doch unbenommen, über das Beſtehen ſeines Anſpruchs und über die Verbindlichkeit des Schuldners, nach der Verfallzeit Zahlung zu leiſten, auch vorher eine Entſcheidung zu erwirken, wenn der Schuldner das Vorhandenſein der Verbindlichkeit in Abrede ſtellt und deren dereinſtige Erfüllung zu verweigern erklärt. Er iſt hiezu befugt, weil er auch vor der Verfallzeit die zur Erhaltung ſeines Rechtes nöthig werdenden Handlungen vornehmen darf,

cfr. Landrechtſatz 1180,

er aber in Folge der Aufforderung das Recht ſelbſt verlieren würde, wenn er mit Erhebung der Klage zögern wollte.

In dem Replikvortrage hat der Auffordernde angeführt, daß er dem Aufgeforderten 100 fl. zu bezahlen verſprochen habe, wenn er ihm bei einem Mühlenkauf behülflich ſein wolle, und daß hierüber eine Schuldurkunde ausgeſtellt worden ſei; er hat auch die Möglichkeit eingeräumt, daß er über den Inhalt dieſer Urkunde getäuſcht worden ſei, und dieſelbe auf ein Darlehen lauten könne. Das Beſtehen einer Darlehensforderung hat er aber durchaus in Abrede geſtellt.

Mit Unrecht hat der Unterrichter aus dieſem Replikvortrag abgeleitet, daß die Ausſtellung einer Darlehensurkunde zugeſtanden worden ſei, und den Auffordernden abgewieſen, weil ihm ſelbſt eine Umſtoßungsklage zuſtehe. Denn es iſt nicht zugeſtanden, ſondern nur für möglich erklärt, daß die Urkunde auf eine Darlehensſchuld laute und es könnte auch hierauf in keinem Falle ankommen, weil eine Urkunde lediglich ein Beweismittel iſt, und die Klage auf Vernichtung oder Umſtoßung, deren Zuläſſigkeit vorausgeſetzt, immerhin nur einen Vertrag und nicht ein bloßes Beweismittel zum Gegenſtand haben könnte. L.R.S. 1304.

Stempf.

II.

Ueber den Antheil geſchiedener Ehefrauen an dem Allmend= und Gemeindegut nach dem Tode ihrer ehemaligen Ehemänner.

Die angebliche Wittwe eines Gemeindebürgers erſchien im April 1846 vor der Verwaltungsbehörde des Bezirkes mit dem Vortrage, daß ihr vom Gemeinderathe der Allmendgenuß, den ihr früherer Mann bezogen habe, ohne daß ſie die Urſache wiſſe, entzogen worden ſei. Die Bezirksbehörde trug dem Gemeinderathe auf, der Beſchwerdeführerin den Allmendgenuß wieder zuzutheilen, oder die allenfallſigen Anſtände vorzutragen. Der Gemeinderath berichtete hierauf, daß die ſich ſo nennende Wittwe ſchon vor vielen Jahren von ihrem Manne „wegen lüderlichen Sachen" geſchieden worden und während des Proceſſes noch ein uneheliches Kind geboren habe, mithin nicht als Wittwe betrachtet werden und man ihr eben ſo wenig den Bürgergenuß zukommen laſſen könne. Die Bezirksbehörde ging in ihrer weiteren Entſchließung hierauf ein und wieß die Beſchwerdeführerin mit ihrem Anſpruche auf Allmendgenuß ab. Gegen dieſen Beſcheid führte dieſelbe die Berufung an die Kreisbehörde aus, mit dem Vortrage, daß ihr Gründe für den Beſcheid nicht bekannt geworden ſeien, vielleicht aber dieſelben darauf beruhen, daß 1) ſie vom Gemeinderathe nicht zur Frohnd aufgeboten werde, was er aber nur unterlaſſe, um ſie auch vom Bürgergenuſſe ausſchließen zu können; 2) ihr geſtorbener Ehemann vor zwölf Jahren vom großherzoglichen Gerichtshofe einen Eheſcheidebrief erwirkt habe, dieſer ſei aber nach L.R.S. 264 nichtig und wirkungslos, da ihr Ehemann denſelben nicht in das bürgerliche Standesbuch habe eintragen laſſen, und da er ſich mit ihr ausgeſöhnt und nachher die Ehe bis zu ſeinem Tode wieder mit ihr fortgeſetzt habe. Ehe eine Erklärung des Gemeinde-

Digitized by Google

rathes auf dieſe Berufungsſchrift bei der die Verhandlung führenden Bezirksbehörde einkam, ſah ſich dieſe veranlaßt, ihre vorausgegangene Entſcheidung aufzuheben und wieder abändernd an den Gemeinderath zu erlaſſen, daß derſelbe der Beſchwerdeführerin den Allmendgenuß ihres geſtorbenen Ehemanns zuzuweiſen habe, wenn ihre Behauptung richtig ſei, daß der Eheſcheidebrief nicht in das bürgerliche Standesbuch der Gemeinde eingetragen worden ſei. Die erſt ſpäter bei der Bezirksbehörde eingekommene Erklärung des Gemeinderathes auf die von der Beſchwerdeführerin an die Kreisbehörde gerichtete Berufungsſchrift gibt zwar zu, daß der Scheidebrief nicht in das bürgerliche Standesbuch eingetragen worden ſei, behauptet aber zugleich, daß die geſchiedenen Eheleute nicht mehr mit einander gelebt haben, zwar die Beſchwerdeführerin nach dem Scheideurtheil einigemale bei ihrem ehemaligen Manne angetroffen, aber deßhalb polizeilich beſtraft worden ſei und von der Scheidung an in ihrem früheren Heimathorte ſich aufgehalten habe. Eine urkundliche Nachweiſung über die Unterlaſſung des Eintrages in das bürgerliche Standesbuch wurde von keiner Seite geliefert. Die Bezirksbehörde blieb auf ihrer abändernden (3ten) Entſchließung (I. Inſtanz) und begründete dieſelbe an den Gemeinderath dahin, daß wegen Unterlaſſung des Eintrages des Eheſcheideurtheils in das Standesbuch die Beſchwerdeführerin als Wittwe gelte und dieſelbe als ſolche zu dem Bürgergenuſſe ihres geſtorbenen Ehemannes berechtigt ſei. Auf Anrufen der Beſchwerdeführerin erließ die Bezirksbehörde den Auftrag an den Gemeinderath, nunmehr ihrem abändernden (3ten) Beſchluſſe nachzukommen.

Gegen dieſe beiden letzten Verfügungen trat nun der Gemeinderath mit einer Berufungsſchrift an die Kreisbehörde auf, behauptend, daß die Beſchwerdeführerin — da ſie in dem Eheſcheidungsverfahren Beklagte geweſen — den durch L.R.S. 266 dem klagenden Ehegatten angedrohten Rechtsnachtheil der Wirkungsloſigkeit des auf Eheſcheidung erkennenden Urtheils im Falle deſſen Nichteintrags in das Standesbuch innerhalb der geſetzlichen Friſt, — nicht für ſich benützen könne, ſondern die Unterlaſſung des Eintrages bloß dem geſtorbenen Manne zu einem Antrage auf Aufhebung der erkannten Eheſcheidung und auf Wiedervereinigung mit der Beſchwerdeführerin habe dienen können; die Prüfung der gerichtlich entſchiedenen Sache ſtehe der Verwaltungsbehörde nicht zu, und ſo lange dieſe nicht wieder im gerichtlichen Wege abgeändert worden ſei, müſſe ſie von der Verwaltungsbehörde als für dieſe Rechtsverhältniſſe maßgebend geachtet werden, es ſeie nirgend dargethan, daß wegen des fehlenden Eintrages beim Standesbeamten die gerichtlich ausgeſprochene Eheſcheidung einer Anfechtung oder Abänderung unterworfen worden ſei, ſie beſtehe demnach rechtlich noch und die Beſchwerdeführerin ſei nicht Wittwe, ſondern geſchiedene Ehefrau des geſtorbenen Bürgers, als welche ſie nach der Scheidung denſelben nichts mehr angegangen habe, alſo auch ihn und ſeinen Bürgergenuß nicht mehr erben könne. Die Beſchwerdeführerin hierüber gehört, hat — auf weiteren Vortrag verzichtend — um Entſcheidung nach dem Inhalte der Akten und nach den Geſetzen. Die Kreisbehörde erhielt die Entſcheidung der Bezirksbehörde aus dem von dieſer angegebenen Grunde aufrecht.

Bei der Berathung wurde die Anſicht geltend gemacht, daß zwar allerdings nach dem bürgerlichen Geſetze die Ehe nur Rechtsverhältniſſe zwiſchen den beiden Ehegatten begründe, ein Klagerecht auf Eheſcheidung nur den Ehegatten zuſtehe und ausdrücklich der Ehegatte, welcher als Kläger aufgetreten war, ein Scheideurtheil erwirkt, aber unterlaſſen hat, daſſelbe innerhalb beſtimmter Friſt in das Standesbuch eintragen zu laſſen, der Vortheile aus dem Urtheile verluſtig erklärt ſei, mithin die Ehe als fortbeſtehend angeſehen werden müſſe, und dem beklagt geweſenen Ehegatten alle Rechte, welche auf dem Ehebündniſſe beruhen, zukommen, alſo auch im vorliegenden Falle die Beſchwerdeführerin nicht als geſchiedene Ehefrau, ſondern als Wittwe angeſehen werden müſſe, daß aber dieſer Ausſpruch den Gerichten zuſtehe. Da nun das Ergehen eines Eheſcheideurtheiles von der Beſchwerdeführerin ſelbſt zugegeben, die von ihr behauptete Unterlaſſung deſſen Eintrages in das bürgerliche Standesbuch zwar von dem Gemeinderathe nicht beſtritten — ſogar zugegeben — aber nicht urkundlich nachgewieſen, mithin nach den Grundſätzen und Vorſchriften über das Verfahren in Verwaltungsſtreitigkeiten (unterſuchendes Verfahren) als nicht genügend dargethan zu betrachten ſei, da überdieß die Folgen der Eheſcheidung und der Unterlaſſung des Eintrages des Scheideurtheiles in das bürgerliche Standesbuch unter den Betheiligten in der vorliegenden Sache ſtreitig, dieſer Streit aber gerichtlicher

Digitized by Google

Natur ſei, ſo müſſe die Frage — ob der Beſchwerdeführerin ein Anſpruch auf den Allmendgenuß zuſtehe — auch und hauptſächlich von dem Geſichtspunkte des Anſpruches einer geſchiedenen Ehefrau betrachtet und beurtheilt werden und in dieſer Beziehung erſcheine der §. 5 des Bürgerrechtgeſetzes als maßgebend, welcher beſtimmt, daß Frauen durch ihre Verehelichung mit einem Gemeindebürger entweder ihr angeborenes Bürgerrecht antreten oder das Bürgerrecht erwerben, daß geſchiedene Ehefrauen durch die Eheſcheidung ihr einmal wirkſam gewordenes oder erworbenes Bürgerrecht nicht verlieren, jedoch ſo lange ihr früherer Ehemann noch lebt, keinen Anſpruch an die Bürgernutzungen haben. Daraus folge nothwendig, daß geſchiedene Ehefrauen bezüglich ihres Bürgerrechtes und der daraus folgenden weiteren Anſprüche den Wittwen gleich zu halten ſeien, daß ſie kraft ihres eigenen Bürgerrechtes Anſpruch auf Bürgernutzungen haben, nicht aber denſelben von ihrem Manne übertragen erhalten; denn mit dem Bürgerrechte ſei dieſer Anſpruch unzertrennlich verbunden. Erſt durch den Zuſammenhalt beider Verhältniſſe, auf den Grund der beiderlei geſetzlichen Beſtimmungen könne im vorliegenden Falle ein vollſtändig gerechtfertigtes Erkenntniß auf Gewährung der Bitte der Beſchwerdeführerin gegeben werden, denn mit Beiſeiteſetzung der zweiten Betrachtung (vom Standpunkte des Anſpruches einer geſchiedenen Ehefrau), ſei die Frage, ſo wie ſie liege, nicht ſpruchreif für die Verwaltungsbehörde, da ſie nicht zu beſtimmen habe, ob die Beſchwerdeführerin Wittwe oder geſchiedene Ehefrau ſei.

Dieſe Anſicht gewann zwar Unterſtützung aber nicht die Mehrheit, ſondern dieſe vereinigte ſich auf die Vollgültigkeit des Entſcheidunggrundes der Bezirksbehörde und auf deſſen Zuſtändigkeit, um ſo mehr, da der weitere Grund nicht unbeſtritten ſei, indem der §. 1 des Bürgerrechtgeſetzes nur von Gemeindebürgern und deren Antheil an dem Gemeinde- und Allmendgute, nicht aber von Gemeindebürgerinnen rede, indem ferner der §. 5 des Bürgergeſetzes nicht ausdrücklich von geſchiedenen ſondern nur von getrennten Ehefrauen oder Frauen nichtig erklärter Ehen ſpreche, und indem endlich aus der Schlußbeſtimmung dieſes §. 5. „Sie (die Frau einer getrennten oder nichtig erklärten Ehe) hat jedoch, ſo lange ihr Ehemann lebt, keinen Anſpruch an die Bürgernutzungen,“ nicht geradezu folgen müſſe, daß ſie nach dem Tode ihres Ehemannes Anſpruch an die Bürgernutzungen habe.

Dieſe Zweifel erſchienen jedoch als vollſtändig widerlegt durch die Verhandlungen der zweiten Kammer der Stände über den Entwurf des Bürgerrechtgeſetzes von 1831 in der 51ſten öffentlichen Sitzung vom 2. Juli 1831 Heft XIII. der gedruckten Protokolle S. 104 und folgend, welche gerade den §. 5 des Bürgerrechtgeſetzes zum Gegenſtande haben. Daraus geht hervor, daß man das den Frauen naturgemäß ebenſo wie den Männern zukommende Bürgerrecht nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit ſo lange unwirkſam erklärt hat, bis ſie in den ehelichen Stand eingetreten ſind, daß ſie aber mit dieſem ihr eigenes Bürgerrecht wirkſam machen; ſodann durch den Bericht der Commiſſion der II. Kammer in gleichem Betreffe (Beilagenheft 4 Seite 204) woraus klar hervorgeht, daß der §. 5 des Bürgerrechtgeſetzes bezüglich auf die Frauen getrennter Ehen auch für die geſchiedenen Ehefrauen gilt, überhaupt für die Frauen der nach L.R.S. 277 für aufgelöst erklärten Ehen, endlich durch den Zuſammenhalt der Beſtimmungen des Bürgerrechtgeſetzes ſelbſt, ſowie durch die vernunftgemäße entgegengeſetzte Schlußfolge aus dem letzten Satze des §. 5 dieſes Geſetzes. Denn Frauen machen durch ihre Verehelichung ihr Bürgerrecht wirkſam, aus dem Bürgerrechte verbunden mit eigenem Haushalte folgt der Antheil an dem Gemeinde- und Allmendgute, ſo lange aber der Mann und die Frau in einer Ehe leben und beiſammen ſind, haben ſie nur eine einzige gemeinſchaftliche Haushaltung, folglich auch nur einen Bürgertheil an dem Gemeinde- und Allmendgute; wird die Ehe aber durch Scheidung aufgelöst und führt die Frau der aufgelösten Ehe eine eigene Haushaltung, ſo beſtehen deren zwei, folglich hätte ohne den Schlußſatz des §. 5 Bürgerrechtgeſetzes nicht nur der Mann, ſondern auch die Frau einer ſolchen Ehe, jedes einen Bürgertheil anzuſprechen. Um aber dieſe ganz richtige Folge zu verhindern, um nicht einen Preis auf die Eheſcheidung zu ſetzen, beſtimmt das Geſetz, daß die geſchiedene Ehefrau, ſo lange ihr ehemaliger Mann lebt, keinen Anſpruch an Bürgernutzungen habe. Einen Sinn, eine Bedeutung würde die Beſtimmung gar nicht haben, wenn nicht ohne ihre Vorſicht das Gegentheil der geſetzliche Zuſtand wäre.

E. H.

Berichtigung.

Auf S. 268 dieſer Blätter ſollte es in der Redaktionsnote Zeile 13 von oben ſtatt „bezweifeln“ heißen: begreifen. D. R.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker and Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 35. Karlsruhe den 29. Auguſt 1846.

I.

Hofgericht des Oberrheinkreiſes.

Kann die Wiederkaufsklage, wenn die Liegenſchaften bereits wieder anderweit veräußert ſind, nur gegen den dritten Beſitzer und nicht auch gegen den früheren Käufer angeſtellt werden?

Martin Wetzel erhob am 10. März 1843 gegen ſeinen Bruder Albin Wetzel eine Klage, in welcher geſagt iſt, er habe am 21. September 1838 an ſeinen Bruder durch mündliche Uebereinkunft ein halbes Haus und noch mehrere andere in der Klage näher bezeichnete Liegenſchaften um die Summe von 477 fl. und unter der Bedingung verkauft:

1) daß dem Kläger die Bewohnung des Hauſes und die Benützung der übrigen Güterſtücke für einen jährlichen Mieth- reſp. Pachtzins von 25 fl. überlaſſen werde,

2) daß der Beklagte, wenn er die Liegenſchaften nicht mehr in ſeinem Eigenthum behalten wolle, ſondern dieſelbe zu veräußern beabſichtige, gehalten ſei, dem Kläger die Liegenſchaften um den Preis von 477 fl. wieder zu Eigenthum zu überlaſſen.

Sodann iſt in der Klage behauptet, der Beklagte habe am 27. November 1842 die fraglichen Liegenſchaften bereits an Johann und Joſeph Klingele veräußert, und es wird nun das Begehren geſtellt: den Beklagten für ſchuldig zu erklären;

1) dem Kläger die in der Klage angegebenen Liegenſchaften für den Kaufpreis von 477 fl. wieder zu Eigenthum zu überlaſſen;

2) eventuell, demſelben die von ihm ſeit dem 21. Sept. 1838 auf die Liegenſchaften gemachten nützlichen Verwendungen zu erſetzen.

Der Beklagte gab im Ganzen den thatſächlichen Vortrag des Klägers zu, nur zog er in Widerſpruch, daß der Kauf durch mündliche Uebereinkunft geſchehen, und daß hiebei das Widerkaufsrecht bedungen worden ſei, behauptend, er habe die fraglichen Liegenſchaften bei einer öffentlichen Verſteigerung ohne Wiederkaufsvorbehalt erſtanden. Von dem Kläger wurde das Steigerungsprotokoll als falſch angegriffen und dem Beklagten über das Geding des Wiederkaufsrecht der Eid zugeſchoben, den dieſer annahm.

Der Unterrichter erkannte auf die Leiſtung des Eides, er wieß jedoch für den Fall der Eidesleiſtung den Kläger mit ſeiner Klage ab, verurtheilte aber für den Fall der Verweigerung des Eides den Beklagten zum Erſatz der auf die Liegenſchaften gemachten nützlichen Verwendungen. Dieſe Entſcheidung beruht darauf, daß der Beklagte, da er die Liegenſchaften bereits wieder veräußert habe, nicht mehr im Stande ſei, den behaupteten Vertrag, durch Uebergabe derſelben an den Kläger zu erfüllen, daher es ſich nur noch um die Entſchädigung handeln könne, die lediglich in dem Erſatz der nützlichen Verwendungen beſtehe.

Von dem Kläger wurde hiergegen das Rechtsmittel der Appellation ergriffen, und in der Beſchwerdeſchrift hauptſächlich geltend gemacht, daß das Steigerungsprotokoll vom 21. September 1838, auf welches der Beklagte ſeine Eigenthumsanſprüche an die fraglichen Liegenſchaften gründe, falſch ſei, daß derſelbe vor Anſtellung der Klage ſeinen Eigenthumserwerb in das Grundbuch nicht habe eintragen laſſen, deßhalb ein dingliches Recht an den Liegenſchaften zur Zeit noch nicht erworben habe, ſolches

Digitized by Google

mithin auch nicht auf Dritte habe übertragen können, alſo der Beklagte rechtlich noch im Beſitze der Liegenſchaften ſich befinde.

Indem der Kläger zum Beweiſe der Falſchheit des Steigerungsprotokolls und zugleich zum Beweiſe des behaupteten Wiederkaufsvorbehalts auf Zeugen ſich berief, modificirte er das Klagbegehren dahin, es ſei der Beklagte für ſchuldig zu erklären, den am 21. September 1838 mit dem Kläger abgeſchloſſenen Vertrag zu halten, beziehungsweiſe zu erfüllen, daher dem Kläger das Eigenthum der fraglichen Liegenſchaften für die Summe von 477 fl. wieder zu überlaſſen.

Der Beklagte machte von dem Rechte der Anſchließung Gebrauch und verlangte, auf den Landrechtſatz 1664 ſich ſtützend, die unbedingte Abweiſung des Klägers.

Die Mitglieder des Collegiums waren in ihren Anſichten über dieſen Rechtsfall getheilt. Die Majorität hielt die Klage für Vornherein unſtatthaft, und es wurde hiernach durch hofgerichtliches Urtheil vom 12. Juni d. J. der amtliche Beſcheid theils beſtätigt, theils abgeändert, und zwar dahin: Kläger ſei unter Verfällung in die Koſten beider Inſtanzen mit ſeiner Klage abzuweiſen.

Gründe.

Beide Theile ſind darüber einig, daß der jetzige Kläger dem Beklagten im Jahre 1838 mehrere Liegenſchaften verkauft, ſolche aber zugleich wieder in Pacht genommen hat, und daß ebendieſe Güter, von dem Beklagten im Jahre 1842 weiter an Johann und Joſeph Klingele verkauft worden ſind. Ganz unerheblich iſt daher alles dasjenige, was von dem Kläger über die Falſchheit des Steigerungsprotokolls vom 21. September 1838 vorgebracht wurde.

Der Kläger hat nun ferner behauptet, daß bei ſeinem Verkaufe der Liegenſchaften an den Beklagten eine Nebenberedung ſtattgefunden habe, Kraft welcher der Käufer, wenn er dieſelben weiter zu veräußern beabſichtige, dem Verkäufer die Güter um denſelben Preis wieder überlaſſen müſſe und es bildet dieſe, von dem Beklagten als unwahr beſtrittene Behauptung den thatſächlichen Grund der erhobenen Klage. Der Kläger ſtellt nämlich hierauf geſtützt, das rechtliche Begehren, den Beklagten zur Herausgabe der Liegenſchaften, eventuell aber zum Erſatz der Verwendungen anzuhalten. Angenommen, die Behauptung des Klägers ſei erwieſen, ſo fragt es ſich allernächſt, ob daraus folge, daß er gegen den Beklagten das obenangeführte Begehren richten kann und dieſe Frage muß verneint werden.

Da bei dieſem Nebengeding angeblich das Recht der Rücknahme der Güter um den urſprünglichen Verkaufspreis ſtipulirt wurde, ſo iſt dieſes Geding kein anderes, als ein Wiederkaufsvorbehalt und dieſer unterſcheidet ſich weſentlich von dem Vorkaufs- oder Einſtandsrecht, weil bei letzterem der Eintretende denjenigen Preis zahlen muß, den der dritte Kaufsluſtige geboten hat. Dieſe beiden Gedinge ſind ferner darin verſchieden, daß das Wiederkaufsrecht auch gegen den dritten Beſitzer, und zwar ſelbſt dann geltend gemacht werden kann, wenn in der Kaufsurkunde keine Erwähnung davon geſchehen iſt, während das Vorkaufsrecht zunächſt nur eine Entſchädigungsklage gegen den Mitcontrahenten erzeugt, wenn er dem Vertrag zuwiderhandelt und dem Veräußerer die Sache nicht anbietet. *)

Boileux ad art. 1659.

Zwar hat das vom Kläger behauptete Geding in ſofern Aehnlichkeit mit dem Vorkaufsrecht, als eine Befugniß zum Wiederkauf nur dann eintreten ſoll, wenn der Käufer zu einem weiteren Verkaufe ſchreiten will, allein dieſes ändert die rechtliche Natur jener Befugniß keineswegs, ſondern es folgt daraus nur, daß der Wiederkauf nicht nach Belieben des Verkäufers ausgeübt werden kann, wie es ſonſt der Fall iſt, daß vielmehr die Ausübung von einer Bedingung abhängt, welche feſtzuſetzen den Parteien freiſteht, und welche erſt dann auf eine für Dritte erkennbare, und unwiderruflich an den Tag gelegte Weiſe hervortritt, wenn ein Verkauf wirklich ſtattgefunden hat. Wenn aber die vom Kläger behauptete Befugniß ein Wiederkaufsrecht iſt, und das Wiederkaufsrecht ſelbſt gegen den dritten Erwerber Wirkſamkeit hat, ſo iſt nicht einzuſehen, aus welchem Grunde der Kläger vom Beklagten die Rückgabe von Gütern fordert, die Letz-

*) Der letzte Satz iſt nur nach gemeinem und franzöſiſchem Rechte richtig. Thibeaut, Pandecten VII. Ausgabe §. 956. Laukhards Rechtsfälle III. Band Seite 267. Nach Badiſchem Geſetze aber gibt das Vorkaufs- oder Einſtandsrecht für den Fall der ſtattgehabten Veräußerung der Liegenſchaften das Recht zu looſen, L.R.S. 1701 b. c. und das Looſungsrecht kann gleichfalls gegen den dritten Beſitzer geltend gemacht werden. L.R.S. 1701 a. a.

D. E.

Digitized by Google

terer nicht mehr beſitzt und warum der Letztere eventuell Entſchädigung leiſten ſoll.

Als Beſitzer der Liegenſchaften kann der Beklagte darum nicht in Anſpruch genommen werden, weil er ſie, wie Kläger ſelbſt anführt, veräußert hat und der neue Erwerber Kraft Geſetzes Eigenthümer geworden iſt, mithin nur dieſer als juriſtiſcher Beſitzer erſcheint.

Ob der dritte Erwerber bereits als ſolcher im Grundbuch eingetragen iſt oder nicht, iſt im vorliegenden Fall ſchon deßhalb gleichgültig, weil es zur Begründung der Klage gehört, daß die Bedingung zur Ausübung des Wiederkaufes eingetreten, mithin eine Veräußerung vorgenommen worden ſei.

Eine Vertragsklage aber findet deßwegen nicht ſtatt, weil der Beklagte den Vertrag auch dann, wenn er ſo, wie Kläger behauptet, geſchloſſen wurde, nicht verletzt hat. Der Beklagte war nämlich zu keiner Leiſtung gegen den Kläger verpflichtet, und hat dieſen eben deßhalb, weil er ſein Recht gegen jeden Beſitzer verfolgen kann, auf keine Weiſe verletzt oder beſchädigt. Es war ihm insbeſondere nicht verwehrt, das Gut an einen Dritten zu verkaufen und eine Eröffnung dieſes Vorhabens war darum nicht nöthig, weil der Kläger auch nach der Ausführung deſſelben von ſeinem Vorbehalte Gebrauch machen kann, wenn ein ſolcher Vorbehalt wirklich ſtattgefunden hat.

Eben ſo wenig iſt eine Klage wider den Beklagten als präparatoriſches Rechtsmittel (judicium rescindens) nothwendig, um das Widerkaufsrecht gegen dritte Beſitzer geltend machen zu können, wie Troplong (de la vente, 732) einleuchtend nachgewieſen hat, und wie es auch in der Natur der Sache liegt.

Der Kläger hat daher ſeine angebliche Befugniß jedenfalls wider den unrechten Beklagten ausgeübt, und es mußte ſchon hiernach ſeine Klage in Folge der ergriffenen Adhäſion des Beklagten abgewieſen werden.

Wäre aber endlich auch der rechte Beklagte belangt worden, ſo fehlt es der Klage noch an einem weſentlichen Erforderniß. Nach L.R.S. 1673 muß nämlich der Wiederkaufskläger wie der Käufer überhaupt den Kaufpreis anbieten, wenn er ſein Recht ausüben will und der Kläger hat nicht einmal ein formelles, geſchweige denn ein reelles Anerbieten der Rückzahlung, wie Letzteres die meiſten Rechtslehrer verlangen, bei Erhebung der Klage gemacht. Aus dieſen Gründen wurde wie geſchehen erkannt.

Die Minorität des Collegiums war anderer Anſicht und begründete ſolche folgendermaßen;

In dem gemeinen Rechte iſt die Frage beſtritten, ob das Wiederkaufsrecht nur gegen den Käufer oder auch gegen den dritten Beſitzer geltend gemacht werden könne. Nach der richtigen jetzt allgemein angenommenen Anſicht aber entſteht aus dem Vertrage des Wiederkaufs bloß ein perſönliches Recht, welches in der Regel, wenn es nämlich nicht durch einen Eigenthumsvorbehalt oder durch eine Pfandbeſtellung oder durch eine Reſolutivclauſel geſichert iſt, gleich dem ausbedungenen Einſtandsrechte einzig und allein gegen den Käufer oder deſſen Erben, nicht aber auch gegen den dritten Beſitzer nach abgeſchloſſener Veräußerung der verkauften Sache verfolgbar iſt.

Thibeaut, Pand. §. 957.

v. Vangerow, Pand. §. 96, Note 2.

Abweichend hievon hatte das franzöſiſche Recht, der Anſicht älterer Rechtslehrer folgend, die hierüber auch in Frankreich beſtandene Streitfrage dahin entſchieden, daß die Wiederkaufsklage als eine actio in rem scripta ſelbſt gegen den dritten Beſitzer angeſtellt werden könne.

Troplong, de la vente. 728.

Das franzöſiſche Recht hate daher in dieſer Beziehung eine Erweiterung des gemeinen Rechts eintreten laſſen, nicht aber eine Beſchränkung des Wiederkaufsrechts herbeiführen wollen. Es findet ſomit nach franzöſiſchem oder badiſchem Rechte die Wiederkaufsklage ſowohl gegen den früheren Käufer als gegen den dritten Beſitzer der Liegenſchaften ſtatt. So wird wenigſtens der L.R.S. 1664 von bewährten Rechtslehrern ausgelegt. Das Wiederkaufsrecht iſt ein perſönliches Recht, welches jedoch, wenn es bei dem Verkaufe einer Liegenſchaft bedungen worden iſt, auch gegen den dritten Beſitzer der Liegenſchaft ausgeübt werden kann, — ſagt Zachariä in ſeinem Handbuch §. 357. Hiemit ſtimmt überein, was derſelbe Schriftſteller a. a. O. §. 181 lehrt, daß nämlich in dem Falle, wo das Recht des Gewährmannes ſchlechthin (ex tunc) widerruflich war, die Klage gegen den Rechtsnachfolger direct angeſtellt werden könne. Zachariä bemerkt in §. 181 Nr. 10 weiter, die Frage ſei zwar beſtritten, man könne ſich aber ſo helfen, daß man die Klage gegen den Gewährsmann anſtelle, jedoch den

Rechtsnachfolger adcitiren laſſe, damit das Urtheil gegen beide zuſammen geſprochen werde. Hiebei darf namentlich nicht überſehen werden, daß ein Wiederkauf nicht ein neuer Kauf, ſondern eine Auflöſung des früheren Kaufes iſt.

Zachariä, §. 357. Nr. 1.

Die Autorität von Troplong ſteht hier uns nicht im Wege. Denn dieſer Schriftſteller hält eine directe Klage auf Auflöſung eines Rechtsgeſchäfts in der Regel nicht für zuläſſig, und geſtattet nur ausnahmsweiſe eine directe Klage gegen den Rechtsnachfolger in dem Falle des L.R.S. 1664, er ſagt aber keineswegs, daß die Wiederkaufsklage nicht auch gegen den früheren Käufer angeſtellt werden könne, ſondern er ſpricht ſich bloß dahin aus, daß dieſe Klage ommisso medio (auctore) gegen den dritten Beſitzer erhoben werden dürfe.

Der zum Wiederkaufe Berechtigte hat auch ein rechtliches Intereſſe, die Wiederkaufsklage gegen den früheren Käufer anzuſtellen. Denn das ſtrittige Rechtsverhältniß kann am beſten zwiſchen ihm und dem früheren Käufer conſtatirt und ausgemacht werden, beſonders in einem Falle wie hier, wo das Wiederkaufsrecht auf einer mündlichen Uebereinkunft beruht, alſo alles auf einen Eid ankommt, der doch nur von dem Beklagten geſchworen werden kann. Wenn daher der Kläger auch gegen die dritten Beſitzer Klage erheben würde, ſo müßte er doch den Beklagten mitbelangen, oder zum Streite beiladen laſſen, damit er demſelben den Eid zuſchieben könnte. Und daß der Kläger das Recht hat, den Beklagten zugleich mit den dritten Beſitzern zu belangen, oder doch in dem Proceſſe gegen die letztern zum Streite beiladen zu laſſen, wird nicht beanſtandet werden wollen. Gibt man dieſes aber zu, ſo folgt daraus von ſelbſt, daß dem Kläger ein ſelbſtſtändiges Klagrecht gegen den jetzigen Beklagten zuſteht. Der Umſtand, daß dieſer nicht mehr im Beſitze der Liegenſchaften ſich befindet, ändert nichts an dem juriſtiſchen Geſichtspunkte der Sache. Es handelt ſich hier zunächſt und hauptſächlich um die Anerkennung des Wiederkaufsrechts, und dieſe kann bloß gegenüber dem Beklagten richtig geſtellt werden. Die Herausgabe iſt Gegenſtand des Vollſtreckungsverfahrens und nicht Gegenſtand des dermaligen Standes des Proceſſes. Sodann läßt ſich auch nicht ſagen, daß dem Beklagten die Herausgabe der Liegenſchaften an den Kläger unmöglich ſei, er kann ſich dieſelbe denkbarer Weiſe von den dritten Beſitzern wieder verſchaffen. Kann oder will er aber dieſes nicht thun, ſo bleibt alsdann dem Kläger noch immer überlaſſen, gegen die dritten Beſitzer auf Herausgabe der Liegenſchaften zu klagen, L.R.S. 1644. Nur würde ſich hiebei fragen, ob und inwiefern das gegen den jetzigen Beklagten ergangene Urtheil auch gegen die dritten Beſitzer Wirkſamkeit hat, eine Frage, die man jetzt nicht beantworten will.

Endlich hat auch der Beklagte eine wirkliche Rechtsverletzung ſich zu Schulden kommen laſſen und zwar dadurch, daß er die fraglichen Liegenſchaften veräußerte und an Dritte übergab. Denn nach dem oben angegebenen Geding war ihm zur Pflicht gemacht, daß er die Liegenſchaften, wenn er ſie nicht mehr behalten wolle, ſondern zu veräußern beabſichtige, dem Kläger wieder zu Eigenthum überlaſſen müſſe. Der Beklagte hätte daher den Kläger von den Verkaufsunterhandlungen in Zeiten in Kenntniß ſetzen und nicht ohne deſſen Wiſſen und Willen die Liegenſchaften veräußern ſollen.

Demnach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Wiederkaufsklage gegen den jetzigen Beklagten ſtattfindet.

Der Klage fehlt es auch nicht an einem weſentlichen Erforderniſſe, denn es iſt nicht nothwendig, daß der zum Wiederkauf Berechtigte, wenn er ſein Recht ausüben will, den Kaufpreis ſofort erſtattet, ſondern es genügt, wenn der Berechtigte ſich zur Bezahlung des Kaufpreiſes bereit erklärt, wie Troplong in dem oben angeführten Werke Nr. 310 nachgewieſen hat. Ein bloß formelles Anerbieten zur Bezahlung des Kaufpreiſes wird allgemein beſonders in dem Falle, als hinreichend angenommen, wenn, wie hier das Rechtsverhältniß ſelbſt beſtritten iſt. Und ein formelles Anerbieten liegt jedenfalls darin, daß der Kläger den Beklagten zur Herausgabe der Liegenſchaften nur gegen Erſtattung des Kaufpreiſes verurtheilt wiſſen will. Es erſcheint ſomit die Klage, inſofern ſie auf Herausgabe der Liegenſchaften, reſp. auf Anerkennung des Wiederkaufsrechts gerichtet iſt, als wohlgegründet. Dagegen iſt die Klage, inſofern ſie eventuell auf Erſatz der Verwendungen geht, ſchon in thatſächlicher Hinſicht ungegründet, da gar nicht angegeben iſt, welche Verwendungen gemacht worden ſind. Zudem geht aus dem von dem Kläger ſelbſt vorgelegten Mieth- und Pacht-

Digitized by Google

vertrage vom 16. Februar 1839 hervor, daß derſelbe einen Erſatz der etwaigen Verwendungen nicht anzuſprechen hat. Im §. 2 dieſes Vertrages iſt nämlich feſtgeſetzt, daß der Kläger ſchuldig ſei, alle an dem Hauſe nöthigen Reparationen auf ſeine Koſten vorzunehmen, und die übrigen Güter jährlich gehörig zu düngen und im Stande zu erhalten.

Was den Beweis der von dem Beklagten widerſprochenen Klagthatſache über das Geding des Wiederkaufsrechts betrifft, ſo hat ſich der Kläger in erſter Inſtanz nur der Zuſchiebung des Eides bedient, welcher von dem Beklagten eventuell angenommen wurde. In zweiter Inſtanz hat zwar der Kläger den Beweis durch Zeugen angetreten. Dieſer Beweis iſt aber nach L.R.S. 1341 unzuläſſig, da es ſich hier um ein Rechtsgeſchäft handelt, welches den Werth von 75 fl. überſteigt. Und es kann dem Zeugenbeweis durch die in der Beſchwerdeſchrift enthaltene Behauptung über die Falſchheit des Verſteigerungsprotocolls kein gerichtlicher Eingang verſchafft werden, denn der Kläger gibt ſelbſt zu, daß er am 21. September 1838 die fraglichen Liegenſchaften an den Beklagten verkauft habe, und es iſt dieſes ſchon durch den von dem Kläger vorgelegten Mieth- und Pachtvertrag außer Zweifel geſetzt. Der Beklagte hat demnach unbeſtreitbar am 21. September 1838 das Eigenthum an jene Liegenſchaften erlangt und es iſt ganz gleichgültig, ob dieſer Eigenthumsübergang, wie der Kläger behauptet, durch mündliche Uebereinkunft, oder wie der Beklagte geltend macht, in Folge öffentlicher Verſteigerung ſtattgefunden hat. Auch iſt in dem Steigerungsprotocoll nichts enthalten, was gegen das von dem Kläger behauptete Geding eines Wiederkaufsrechts ſpricht. Es iſt ſomit jenes Vorbringen über die Falſchheit jenes Verſteigerungsprotocolls ohne alle rechtliche Bedeutung, weßhalb es hier lediglich auf den zugeſchobenen Haupteid ankommt.

Auf den Grund deſſen wurde von der Minorität der Antrag geſtellt, auf den Haupteid zu erkennen und für den Fall der Eidesleiſtung den Kläger mit beiden Begehren abzuweiſen, für den Fall der Eidesweigerung aber den Beklagten zur Herausgabe der Liegenſchaften zu verurtheilen, oder doch auszuſprechen:

> es ſtehe dem Kläger das Wiederkaufsrecht zu, es ſei daher derſelbe für berechtigt zu erklären, die in der Klage angegebenen Liegenſchaften gegen Erſtattung eines Preiſes von 477 fl. wiederkäuflich an ſich zu ziehen.

Hiebei ging die Minorität noch von der Betrachtung aus, daß durch ein ſolches Urtheil der Rechtsſtreit in materieller Beziehung wahrſcheinlich endgültig entſchieden wird. Denn ſchwört der Beklagte den Eid, was ohne Zweifel der Fall ſein wird, ſo iſt der Kläger ein für allemal hinſichtlich des behaupteten Wiederkaufsrechts ſachfällig. Schwört er aber den Eid nicht, ſo würde dann erſt eine Schwierigkeit entſtehen, es würde ſich nämlich, wie ſchon oben angedeutet, fragen, ob und in wiefern das gegen den Beklagten ergangene Urtheil auch gegen die dritten Beſitzer Wirkſamkeit habe? Noch zweifelhafter wird jedoch die Sache, wenn der Kläger nun gegen die dritten Beſitzer klagen muß, indem alsdann die Frage entſteht, ob das Wiederkaufsrecht nicht nach L.R.S. 1660 verjährt iſt?

Haager.

II.

Ein letztes Wort über Ganteröffnung von Amtswegen in den Fällen der Proceßordnung §. 815.

(Man vergleiche die Aufſätze S. 108, 161, 164 und beſonders S. 249 dieſes Jahrgangs.)

Die lobenswerthe Abſicht des Herrn Verfaſſers des erſten und vierten Aufſatzes wurde und wird ebenſowenig von mir verkannt, als von unſerem gemeinſam verehrten Freunde in Nr. 22. Eine inzwiſchen erfolgte weitere ausführliche Vertheidigung der von uns bekämpften Anſicht konnte uns jedoch von der Richtigkeit der letzteren in keiner Weiſe überzeugen.

Im Intereſſe der nicht unwichtigen, obſchon einfachen Sache halte ich es für dienlich einige Worte als Schlußerklärung folgen zu laſſen:

Daß in den Fällen der Proceßordnung §. 814 namentlich auch im Falle Ziffer 2, die Gant von Amtswegen, auch ohne Anrufen eines Gläubigers zu eröffnen, oder für eröffnet zu erklären iſt, ergibt ſich aus folgenden, hier in kurzer Zuſammenſtellung wiederholten, Gründen:

1) Es ergibt ſich ſchon aus der Faſſung und Stellung der §. 814, 815.

Digitized by Google

2) Ferner ergibt es ſich aus der ganz unzweideutig ausgeſprochenen Abſicht der Geſetzgebungscommiſſion ſelbſt, aus dem Ausſpruch des Verfaſſers der Motive (**Weiler**) und des Berichterſtatters der zweiten Kammer (**Bekk**).

3) Die Anſicht entſpricht der früheren Praxis in Baden, ſowie

4) Der Anſicht geachteter Lehrer des gemeinen deutſchen Proceſſes, ja man wird wohl ſagen dürfen: der gemeinrechtlich **herrſchenden Anſicht**.

Zu 1) Hier muß auf eine unbefangene Vergleichung des Wortlautes und Zuſammenhanges der §§. 814, 815 folgende verwieſen werden.

„Die Gant wird eröffnet." Daß dieſer Ausdruck ganz das Nämliche beſagt, als: „Die Gant wird erkannt" — oder „Die Ganteröffnung wird ausgeſprochen" werden, gewiß wenige unſerer Leſer bezweifeln. Das Ganterkenntniß kann nach Belieben auf dieſe oder jene Art ausgeſprochen werden. Dieß geht aus dem Schluß des §. 815, aus 816, 817, 823, 824, 825, 830, 831, 832, 833 u. ſ. w. ſo klar hervor und entſpricht ſo augenſcheinlich einem altbekannten, rechtlichen Sprachgebrauch, (vergl. z. B. **Brauer's** Erläuterungen, Bd. 4 S. 271; **Mackeldey's**] Lehrbuch des heut. röm. Rechtes §. 766, **Martin's** Lehrbuch des gemeinen deutſchen bürgerlichen Proceſſes §. 326); daß es in der That nicht zu begreifen iſt, wie Zweifel hiegegen auftauchen können. Wenn das Proceßgeſetz ſagt: „Die Gant wird eröffnet," ſo meint es aber offenbar nichts anderes, als: die Gant wird im geſetzlichen Sinn eröffnet, d. h. die Ganteröffnung wird verfügt oder ausgeſprochen, oder mit anderen Worten: der **formelle** Concurs (im Gegenſatz des **bloß materiellen**) tritt ein, und hiebei verſteht es ſich nach den allgemeinen Regeln wohl von ſelbſt, daß erſt mit der Verkündung dieſes Ausſpruches (§. 823), die rechte Wirkung deſſelben beginnt. Die überaus künſtliche Unterſcheidung des **Grundes zur Ganteröffnung** von der **Veranlaſſung zum Ausſpruch der Gant** (ubi lex non distinquit non est judicis distinguere) fällt hienach von ſelbſt weg.

Darauf, daß in §. 814 der Beiſatz „**von Amtswegen**" nicht ausdrücklich beigefügt iſt, legt unſer Herr Gegner ſelbſt kein Gewicht und mit vollem Recht, da ein ſolcher Beiſatz an vielen Stellen der Proceßordnung, wo ein richterliches Handeln ohne Anrufen gemeint iſt, ebenfalls wegblieb, z. B. §§. 248, 289, 338, 369, 406.

Wie aus §. 817 Abſatz 2 etwas zu Gunſten der Gegenanſicht gefolgert werden ſoll, iſt nicht einzuſehen, denn einmal hat der Richter ſchon vor dem Gantausbruch, der ſich durch gehäufte Vollſtreckungen und Einſprachen voraus anzukündigen pflegt, nicht ſelten Gelegenheit ſein Vergleicheinleitungsamt zur Abwendung der Gant zu üben und abgeſehen davon geräth unſer Herr Gegner hier, in den ſeltſamen Widerſpruch, daß er eine **eröffnete** Gant unterſtellt, und doch wieder auch **keine**, eine **Ganteröffnung** und doch keine **Gant**! Auf ſolche Abwege führt die vermeintliche Conſequenz unſeres Herrn Gegners, der auf den Buchſtaben des Geſetzes willkührliche Unterſcheidungen gründet, ohne auf deſſen Geiſt, und die zu Gebot ſtehenden näheren und entfernteren Quellen gehörig zu achten.

Wenn die Faſſung des Geſetzes unter den vorliegenden Verhältniſſen noch für zweifelhaft erachtet werden könnte, ſo iſt doch

zu 2) der Ausſpruch im Bericht der Geſetzgebungscommiſſion, dem „gemeinſamen Einverſtändniß der ganzen Geſetzgebungscommiſſion" (abgedruckt auf S. 164 dieſes Jahrgangs) ſo entſchieden und klar, daß von einem erheblichen Zweifel über die darin hinſichtlich unſerer Frage niedergelegte Anſicht ſchlechterdings keine Rede ſein kann. Auf dieſen Ausſpruch ſcheint unſer Herr Gegner ſehr wenig Gewicht zu legen. Wenn die Geſetzgebungscommiſſion ſelbſt nicht recht wußte, was das Geſetz eigentlich wollte (jene Commiſſion beſtand bekanntlich aus Männern, wie **Mittermaier**, **Duttlinger** u. ſ. w.) wer in aller Welt ſoll es denn wiſſen?

Der erwähnte Ausſpruch wäre ſchon für ſich allein entſcheidend. Daß aber auch **Weiler** und **Bekk** die nämliche Anſicht ausſprachen, wird Niemand beſtreiten, der die Motive des Erſteren und den Bericht des Letzteren a. a. O. ohne vorgefaßte Meinung mit Berückſichtigung des Zuſammenhangs der einzelnen Sätze und des üblichen Sprachgebrauches verglichen hat. Sollte bei ſo klaren, übereinſtimmenden Ausſprüchen nicht einige **Zuverſicht** erlaubt ſeyn?

Digitized by Google

Zu 3) Daß die frühere badiſche Praxis, die Gant in Fällen der fraglichen Art von Amtswegen eröffnete, beurkundet das Zeugniß Bekk's. Es läßt ſich wohl auch aus dem Bericht der Geſetzgebungscommiſſion VII. 10. Abſ. 2 und 3 entnehmen.

Vgl. auch Brauer's Erläuterungen Bd. 4. S. 271, 272.

Zu 4) Daß endlich auch im gemeinen deutſchen Proceß die Ganteröffnung von Amtswegen in ſolchen Fällen gewöhnlich angenommen wird, ergibt ſich aus den auf S. 165 in der Note angeführten Schriften, wozu noch viele andere angeführt werden könnten. Vgl. Weiske's Rechtslexikon, Art. „Concurs“ Bd. II. S. 794, 845, 846. Dort iſt namentlich hervorgehoben, wie der deutſche Concursproceß zugleich einen öffentlichen Zweck hat und hiebei eine polizeiliche Aufſicht des Richters eintritt. —

Durch die obigen Gründe, vorzüglich durch die unter Ziff. 2 angegebenen, erſcheint die hier vertheidigte Anſicht ſo vollſtändig gerechtfertigt, daß ich wiederholt die Einlaſſung auf die gegneriſchen Zweckmäßigkeitsgründe, die übrigens unſer gemeinſamer Freund auf S. 162 — 164 bereits genügend gewürdigt hat, verweigern muß, indem ich es für verlorene Mühe halte, bei obiger Sachlage auf ſolche Ausführungen näher einzugehen. Der §. 5 der Proceßordnung ſtellt die allgemeine Regel der Verhandlungsmaxime auf, er verweist aber zugleich auf die Ausnahmen. Hier liegt aber gerade nachweislich eine geſetzliche Ausnahme vor, eine Ausnahme, die aus der Natur des deutſchen Gantverfahrens hervorging. Nur darauf will ich noch hinweiſen, daß die gegneriſcher Seits gerügten Uebelſtände, die ſich bei Anwendung des §. 814 zeigen, ihren Grund hauptſächlich darin haben, daß das gegenſeitige Geſchäftsverhältniß des Amtes als Gantgericht und des Amtsreviſorates als Theilungsbehörde eben überhaupt noch nicht feſt und vollſtändig genug geregelt erſcheint, wie ſich dieß bei verſchiedenen Gelegenheiten, am deutlichſten aber in Bezug auf Fertigung des Vertheilungsbeſcheides, Proceßordnung §. 923, zeigt.

Eduard Brauer.

III.

Kann das Vorzugsrecht des Verpächters auch auf denjenigen Ernteertrag geltend gemacht werden, welcher ſich nicht mehr auf dem Pachtgute befindet?

L.R.S. 2102, Nr. 1.
Zachariä, II., §. 261, Note 6.
Pailliet ad art. 2102, Nr. 7.
Brauer, IV. p. 139.
Troplong, des privilèges Nr. 159, 165 bis.

Die Wittwe L. erwirkte für eine Forderung an die Martin G. Eheleute Beſchlag auf deren in der Scheuer des Hofbeſtänders Bath befindliche Früchte.

Hiergegen erhob die Frau Gräfin v. W. Einſprache und nahm die Früchte für ſich in Anſpruch, weil dieſe auf den Gütern gewachſen ſeien, die G. von ihr in Pacht habe und wofür er den Zins für das laufende und für das vergangene Pachtjahr noch ſchulde, weil endlich ſämmtliche Früchte von der letzten Ernte ſeien.

Das Oberamt H. wies dieſe Einſprache ab, weil das Vorzugsrecht nur ſo lange beſtehe, als die Früchte auf dem Pachtgute ſeien.

Das Hofgericht des Unterrheinkreiſes (II. Civ. d.) erkannte jedoch Ladung aus folgenden Gründen:

Das Geſetz gibt dem Verpächter für ſeine Pachtzinsforderung ein Vorzugsrecht auf den Ernteertrag des letzten Jahres, ohne deſſen Ausübung von einer weitern Bedingung abhängig zu machen, L.R.S. 2102 Nr. 1; es kann daſſelbe daher nicht nur geltend gemacht werden, ſo lange die Früchte noch auf dem Halme ſtehen, ſondern auch, wenn ſie bereits eingeheimſt ſind, nicht nur bei der Verpachtung größerer Güter, ſondern auch, wenn nur einzelne Grundſtücke in Beſtand gegeben ſind.

Hieraus ergibt ſich aber, daß der Ernteertrag von dem Vorzugsrecht behaftet iſt, wenn er auch nicht auf dem Pachtgrundſtück ſelbſt aufbewahrt wird, inſofern er ſich nur in dem Beſitze des Pächters befindet und ſeine Identität nachgewieſen werden kann. Da nun die Einſpracheklägerin behauptet, es ſeien die für die Wittwe Lippmann mit Beſchlag belegten Früchte des Martin Gehringer der diesjährige Ernteertrag von den Grundſtücken, welche

Digitized by Google

ſie demſelben verpachtet habe und wofür er noch den Pachtzins des laufenden und des verfloſſenen Jahres ſchulde, ſo iſt die Klage in L.R.S. 2102 Zif. 1 und §. 1072 Zif. 1 der Proceßordnung gegründet und iſt die Klägerin durch die Verſagung der Ladung beſchwert.

Die Annahme des Unterrichters, daß hierdurch die Vorſchrift des L.R.S. 2279 und 2076 verletzt würde, iſt unrichtig, da in der Klage ausdrücklich angegeben wurde, es ſeien die Früchte unter der Aufſicht der gräflich von Waldner'ſchen Verwaltung in die Scheuer Bath's verbracht worden und die Unterſtellung, als beſitze Bath dieſelben in eigenem Namen, nicht allein von dem Rechte eines Dritten hergeleitet wäre, ſondern auch mit dem Umſtande im Widerſpruch ſtehen würde, daß ſie für die Wittwe Lippmann gepfändet wurden, indem dies nur geſchehen konnte, wenn die Rechte Gehringers noch unangefochten beſtanden. — L.R.S. 2076 iſt dagegen hier nicht anwendbar, da er ſich lediglich auf das Vorrecht des Fauſtpfandgläubigers bezieht, welches verloren geht, ſobald der Beſitz des Gläubigers aufhört, während es bei dem Vorrechte des Verpächters nur auf den Beſitz des Schuldners ankommt.

Stempf.

IV.

Welches Rechtsmittel iſt gegen eine Vollſtreckungsverfügung zuläſſig?

Thilo, Proceßordnung p. 620, Note 4 zu §. 959.

Dr. Zentner, Erläuterungen über die Rechtsmittel, p. 57, 58 und in Annalen XI., p. 142 zu C. p. 143.

Andreas A. von Meckesheim erwirkte gegen Barbara H. daſelbſt bei dem Bezirksamte Neckargemünd einen unbedingten Zahlungsbefahl für eine Forderung von 225 fl. und Zins — und nach Ablauf der anberaumten Zahlungsfriſt Vollſtreckung durch Pfändung der Früchte auf dem Halm und durch Liegenſchaftsverſteigerung.

Gegen beide Verfügungen appellirte die Beklagte; das Rechtsmittel wurde jedoch nicht allein ſoweit es gegen den unbedingten Befehl gerichtet war, auf den Grund des §. 718 der Proceßordnung ſondern auch, ſoweit es der Vollſtreckungsverfügung galt, von dem Hofgerichte des Unterrheinkreiſes II. Civil-Senat als unzuläſſig verworfen, nachdem der Anwalt der Beklagten Appellantin in Gemäßheit des §. 1214 der Proceßordnung zur Nachweiſung der Zuläſſigkeit der Appellation in die öffentliche Gerichtsſitzung vorgeladen worden war.

Die Unzuläſſigkeit des Rechtsmittels wurde nämlich daraus abgeleitet: 1) daß nach §. 1172 der Proceßordnung die Appellation nur gegen Urtheile ſtattfinde, welche einen Streitgegenſtand zuerkennen oder abſprechen, daß aber dieſe Eigenſchaft nicht einer Vollſtreckungsverfügung zukomme, die ja nur zum Vollzug eines vorausgegangenen Urtheils oder unbedingten Befehls auf einſeitiges Anſuchen erlaſſen werde, §§. 944 — 946. der Proceßordnung.

2) Daß zwiſchen einer Vollſtreckungsverfügung und einem unbedingten Befehle, gegen welchen in §§. 718 der Proceßordnung die Appellation nur zugelaſſen werde, wenn die dagegen erhobene Einſprache der nicht gehörten Partei verworfen worden ſei, Aehnlichkeit herrſche; weßhalb nach dem Sinne und dem Geiſte der Proceßordnung auch gegen Vollſtreckungsverfügungen nur unter der Vorausſetzung des §. 718 der Proceßordnung, das Rechtsmittel der Appellation ſtatthaft erſcheine;

3) Daß es übrigens in der Natur der Sache liege und gewiß zweckmäßig ſei, gegen die Verfügung, welche den Vollzug eines unbedingten Befehls anordne, gegen welchen eine Einſprache rechtzeitig nicht vorgetragen worden ſei, eben auch nur vorerſt dieſe Einſprache nachträglich zuzulaſſen und erſt gegen die Verwerfung der Einſprache das Rechtsmittel der Appellation,

§§. 705. 718. der Proceßordnung.

cfr. Jahrbücher n. F. VIII. p. 187, 188.

Stempf.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 36. Karlsruhe den 5. September 1846.

I.

Iſt die Anweſenheit am Orte der That eine nahe oder entfernte Anzeige (indicium proximum aut remotum)?

Die Frage iſt practiſch und daher einer genauern Erörterung werth, wozu eine beſondere Veranlaſſung mir gegeben iſt in einem jüngſt ergangenen Urtheil des oberſten Gerichtshofs, wodurch ein vom Hofgerichte wegen Diebſtahls auf Indicien Verurtheilter klagfrei erklärt und in deſſen Entſcheidungsgründen jener hervorgehoben wurde, daß nach Art. 25. der Peinlichen Gerichtsordnung die Anweſenheit am Orte der That nur eine entfernte Anzeige bilde.

Die peinliche Gerichtsordnung Karls V. (welche mit Modificationen des Strafedicts bei uns zur Zeit noch Anwendung findet) führt Beiſpiele von Anzeigen (Inzichten, Indicien) an, die, was ihren Umfang betrifft, zum Theil auf Verbrechen jeder Gattung überhaupt anwendbar, oder zum Theil gewiſſen Arten von Verbrechen eigenthümlich ſind, ihrer Beſchaffenheit und Wirkung nach aber entweder zu den „redlichen und genugſamen Anzeigungen“ gehören, indem ſie zur Erkennung und Anwendung der peinlichen Frage (Tortur) für hinreichend erklärt werden, oder ihnen dieſe Eigenſchaft und Wirkung ausdrücklich abgeſprochen wird.

In der Strafrechtswiſſenſchaft werden dieſe Gegenſätze mit den Eigenſchaftsworten „nahe und entfernte Anzeigen“ (indicia proxima et remota) bezeichnet und der erſtern Gattung gewöhnlich die Kraft eines ſogenannten halben Beweiſes — gleich der eidlichen Ausſage eines vollgiltigen Zeugen — beigelegt, denn ſie erzeugen eine dringende Vermuthung für den Thatbeſtand eines Verbrechens oder deſſen Urheber, indem von der Thatſache, welche die Anzeige bildet, auf die Exiſtenz des Verbrechens oder den Thäter mit großer Wahrſcheinlichkeit der Schluß gezogen wird; wo hingegen die entfernten Anzeigen nur eine ſchwache Vermuthung, einen geringen, bloßen Verdacht hervorbringen.

Feuerbach (welchem auch Grolmann beipflichtet) verwirft dieſe Eintheilung in nahe und entfernte Anzeigen als unpaſſend, inſofern die einzelnen Anzeigen darnach claſſificirt werden ſollen; gleichwohl gibt er eine Definition von entfernter Anzeige, nach welcher die in derſelben enthaltenen Gründe den Gegengründen gleich ſind, alſo dem indicium „ein gleiches contradictoriſches indicium“ entgegenſteht. Auf dieſe Anſicht wendet er ein Beiſpiel an, welches zu der oben aufgeſtellten Frage gehört. Er ſagt nämlich (§. 547, not. a. f. Lehrbuchs des Peinlichen Rechts), daß die Gegenwart einer Perſon an dem Orte und zur Zeit der That nur dann für eine entfernte Anzeige zu halten ſei, wenn nach ihrem bekannten rechtlichen Character ein Verbrechen, das in Frage ſteht, von ihr ſich nicht erwarten läßt.

§.

Der vom oberſten Gerichtshofe in dem abgeurtheilten Falle angezogene Artikel XXV. der Peinlichen Gerichtsordnung zählt ſieben Beiſpiele von entfernten Anzeigen auf, welchen der folgende Artikel noch ein achtes beifügt. Das zweite davon lautet wörtlich alſo:

„§. zum andern, ob die verdacht perſon an geverlichen orten zu der that verdechtlich gefunden oder betreten wurde —“.

Vor allem darf nicht überſehen werden, daß der Text dieſer Stelle nicht gradezu von der Anweſenheit am Orte

der That, ſondern von „gefährlichen Orten zu der That“ ſpricht. Daher ſagt Tittmann (im Hdb. der Straf-Rechtswiſſenſchaft §. 875): „Eine entfernte Anzeige gibt auch die Gegenwart des Angeſchuldigten an verdächtigen Orten ab. Es kann ſein, daß dieſer Ort „zugleich der Ort der verübten That“ iſt, in den meiſten Fällen muß dieſes aber ein anderer ſein, „nämlich bloß ein ſolcher, welcher entweder auf die Anweſenheit an jenem, oder auf eine böſe Abſicht an und für ſich ſchließen läßt. Hätte die Peinliche Gerichtsordnung hier den Ort der verübten That ſelbſt gemeint, ſo würde die Anzeige nicht unter die entfernten haben gezählt werden können, indem ſchon das Finden gewiſſer Sachen an dem Orte der That eine nahe Anzeige begründet. — Art. 29 der Peinlichen Gerichtsordnung. —“

Wenn S. Böhmer ad Carol. von den Worten: „gefährliche Orte“ die Erklärung gibt: „notare loca, in quibus delictum vere vel praesumtive commissum est, constat“: ſo fügt er die Bemerkung bei: „ut tamen cum aliqua latitudine sint accipienda.“

Mit dieſer Erklärung ſind freilich die meiſten ältern und neuern Schriftſteller: Quiſtorp, Grolman u. A. einverſtanden, und meines Erachtens iſt der Sinn der Geſetzesſtelle dieſer, daß der Angeſchuldigte an einem ſolchen Orte geſehen oder betreten worden, welcher an und für ſich den Verdacht eines gewiſſen Verbrechens gegen ihn erregt, ſei es nun, daß es der Ort des Verbrechens ſelbſt iſt, oder ein ſolcher, der in irgend einer Beziehung zur That ſteht, aus welcher der Verdacht entſpringt.

§. 2.

Bei Beurtheilung der Stärke der Anzeigen kommt es auf das vernünftige Ermeſſen des Richters an, auf welches auch der Kaiſer an verſchiedenen Stellen ſeines Geſetzes ausdrücklich verweiſet.

Dieſes gilt insbeſondere auch bei der Anzeige, welche durch das Betreten einer Perſon an „gefährlichen Orten“ entſteht. Der Grad der Vermuthung hängt von den Umſtänden jedes einzelnen Falles ab. Dieß erklärt der ſchon citirte S. Böhmer loc. cit., indem er fortfährt:

„ad reliquas circumstantias, quae tempore deprehensionis se exserunt, respiciendum, quae aliquando egregium momentum huic indicio conciliant, si — vel fugam tentat; sic autem, fallor, aut hoc indicium magis *proximum* et ad torturam aptum, quam *remotum* erit, quod non diffitetur *Carpzov* l. c. Nr. 34. — Si simul aliunde suspectus est, tanto fortius gravat, de quo cogitasse hoc loco imperatorem vix probabile est, quia in novo eoque speciali recensendo occupatur.“

Ebenſo Meiſter pr. jur. crim. §. 37: „quod indicium pro re nata *proximi* indicii vim consequi posse videtur.“

Quiſtorp beruft ſich in dieſer Beziehung ſelbſt auf Böhmer.

Feuerbach und Tittmann halten — wie ſchon oben erſichtlich, die Anweſenheit am Orte der That für eine nahe Anzeige, wenn die Perſon an und für ſich ſchon verdächtig iſt.

Auch Grolman iſt der Meinung, daß die Beurtheilung der Anzeigen ſich nach den Umſtänden in den concreten Fällen richten muß.

Wenn nun der weitere Artikel XXVIII. der Peinlichen Gerichtsordnung verordnet, daß, wenn „etliche“ ſolcher in den Beiſpielen genannter oder gleicher Anzeigen bei einander gegen Jemand erfunden werden, der Richter zu ermeſſen habe, ob ſie zuſammen eine „redliche, genugſame Anzeigung“ ausmachen; ſo läßt ſich damit obige Anſicht wohl vereinigen, daß das Gewicht der einzelnen Anzeigen nur in Erwägung ihres Zuſammenhangs erkannt werden kann und daß insbeſondere die in Frage ſtehende Anzeige der Anweſenheit an „gefährlichen Orten“ in ihrer Stärke oder Schwäche gar nicht beurtheilt werden kann, ohne daß die Individualität des verdächtigen Subjects zugleich in Betracht gezogen wird. Die Aufgabe des Richters iſt hiernach nicht ſowohl eine Zuſammenzählung von Anzeigen als vielmehr eine Prüfung und Erkennung ihrer Geſammtwirkung.

§. 3.

Die Peinliche Gerichtsordnung ſpricht nicht von einer künſtlichen Ueberweiſung des Inkulpaten, nämlich von einer ſolchen, wodurch derſelbe des Verbrechens allein auf Anzeigen hin für ſchuldig erklärt werden könnte; ſie hält eine ſolche Verurtheilung für unzuläſſig, weil ſie den Anzeigen nur die Wirkung eines Verdachts, wenn auch des ſtärkſten, zutraut, niemals aber eines vollſtändigen Beweiſes; zu dieſem Endzweck erfordert ſie einen

Digitized by Google

natürlichen Beweis, durch Zeugen, oder in deren Ermanglung durch Geſtändniß. Um letzteres dem hartnäckig läugnenden Inkulpaten abzunöthigen, war die peinliche Frage (Tortur) eingeführt, und zur Erkennung und Anwendung derſelben genügte es an einer ſogenannten „*redlichen Anzeigung*." Nachdem in Folge der Civiliſation und humaner Grundſätze in der Strafrechtswiſſenſchaft die alte Marteranſtalt längſt bei uns abgeſchafft war, hat ſich allmählich in unſern Gerichtshöfen die Praxis gebildet, daß auch auf einen *künſtlichen* Beweis allein eine Schuldigerklärung ausgeſprochen werden darf *), indem man annimmt, daß wenigſtens *zwei nahe Anzeigen* einen vollſtändigen Beweis herſtellen. Bei dem *Diebſtahl* insbeſondere erfordert man zu dieſem Endzweck gewöhnlich das Zuſammentreffen von *ſchlechtem Leumund* des Bezüchtigten, *Anweſenheit am Orte der That* und *Beſitz* der geſtohlenen Gegenſtände, über deren redlichen Erwerb er ſich nicht ausweiſen kann. Erſtere beiden Umſtände machen die *eine nahe* Anzeige, und der letztere, nämlich der *Beſitz*, die *andere* nahe Anzeige, folglich, da eine *nahe* Anzeige einem *halben* directen Beweis gleich gehalten wird, genügen *Beide zuſammen* zur Herſtellung eines vollſtändigen ſogenannten *künſtlichen* Beweiſes. Es ſind jedoch dieſe vorgenannte Anzeigen nicht allgemein nothwendige Bedingungen für den künſtlichen Beweis eines Diebſtahls zu halten, namentlich nicht der *Beſitz*. Ein gewandter Dieb weiß die geſtohlene Sache geſchickt zu verbergen, oder ſie ſo ſchnell zu entfernen, daß auch die ſorgfältigſten Nachforſchungen ihr auf die Spur zu kommen nicht vermögen; zudem ſind manche Gegenſtände von der Art, beſonders z. B. Geldmünzen, daß die Idendität des Geſtohlenen mit dem Beſitze des Inkulpaten nicht leicht erkannt werden kann. In ſolchen Fällen iſt auf andere Umſtände, die ſich erheben laſſen, deſto mehr Bedacht zu nehmen und ihnen gleiches Gewicht beizulegen, inſofern ſie ebenfalls die richterliche Ueberzeugung von ihrem Cauſalzuſammenhang mit dem Verbrechen ſelbſt hervorbringen.

§. 4.

Vergleicht man nun den abgeurtheilten Diebſtahlsfall mit obig rechtlicher Darſtellung, ſo kommt folgendes in Erwägung:

„Der Angeſchuldigte iſt ſchon öfters wegen dringenden Verdachts des begangenen Diebſtahls klagfrei erklärt und zweimal überführt, und ſchuldig erkannt worden, ſteht überhaupt in einem ſchlechten Rufe als ein arbeitsſcheuer und herumziehender Menſch, dem man alſo nach ſeiner Perſönlichkeit auch dieſe That wohl zutrauen kann, welche in der Entwendung einer Speckſeite aus dem Kamin einer Küche beſteht. In derſelben Mitternacht, als die Entwendung geſchah, iſt Inkulpat von den Hausleuten in der Küche geſehen und erkannt worden, derſelbe aber ſeiner augenblicklichen Ergreifung durch die Flucht zuvor gekommen. Schon einige Zeit vorher iſt er auf eine verdächtige Weiſe an demſelben Orte betreten und an der Ausführung eines Diebſtahls verhindert worden. Man fand ihn im Beſitze von Speck, und wenn auch nicht ermittelt werden konnte, daß er von der entwendeten Speckſeite herrührt, ſo iſt doch ein redlicher Erwerb desſelben nicht nachgewieſen. Dazu kommt noch ſein verdächtiges Benehmen in der Unterſuchung, indem er ſogar die erwieſene Thatſache ſeiner Anweſenheit am Orte der That mit frecher Stirne läugnet. Daraus muß gefolgert werden, daß er keine andere glaubwürdige Veranlaſſung zum nächtlichen Beſuch im Hauſe hatte. Der Pſycholog kann in dieſer Vertheidigungsart des Inkulpaten nur deſſen Schuldbewußtſein erkennen. Endlich kommt noch in Betracht, daß gegen Niemanden anders ein Verdacht wegen Begehung dieſes Diebſtahls ſich erhoben hat.

Aus dieſem Zuſammentreffen von Umſtänden geht bei mir die richterliche Ueberzeugung hervor, daß Niemand anders als der Angeſchuldigte der Urheber der That ſei; geht nämlich aus der Individualität und Handlungsweiſe des Angeſchuldigten in Verbindung mit ſeinem Betreten am Orte und zur Zeit des nächtlichen Diebſtahls ſchon eine *dringende* Vermuthung oder große Wahrſcheinlichkeit der Schuld gegen ihn hervor, ſo begründen auch die übrigen Umſtände, als ſeine Flucht, ſein Beſitz von Speck und ſein Vertheidigungsſyſtem bei der Unterſuchung eine weitere dringende Vermuthung, durch deren Verbindung mit der erſtern ein voller künſtlicher Beweis hergeſtellt wird. Für den Gegenbeweis der Unſchuld liegt gar kein Grund vor, daher ich nicht für vernünftig halte, die

*) Das neue badiſche Strafgeſetzbuch knüpft die Verurtheilung auf Anzeigen an die Bedingung, daß für den *objectiven* Thatbeſtand des Verbrechens ein *directer* Beweis wenigſtens zum Theil vorliege.

Möglichkeit des Gegentheils zu unterſtellen, und in dieſer Unterſtellung den Schuldigen freizuſprechen. Auf jeden Fall muß es keinen guten Klang haben, hier zu ſagen: die Anweſenheit am Ort der That ſei nur eine entfernte Anzeige.

Donsbach.

II.

Die Förmlichkeiten bei Eheſcheidungen auf wechſelſeitigen Einwilligung betreffend.

Nicht von der zweck- und ſinnloſen Förmlichkeit des L.R.S. 286 iſt hier die Rede, wornach die Eheleute auch bei der bei uns ſtattfindenden und von der franzöſiſchen abweichenden Organiſation der betreffenden Behörden, dennoch Ausfertigungen der vier Protocolle in beglaubigter Form vorzulegen haben, ſondern von den Worten im L.R.S. 285 „unter Beobachtung der vorigen Förmlichkeiten.“ Im L.R.S. 283 heißt es nämlich, daß der Gerichtsvorſteher den Ehegatten einen Schein darüber ertheilen ſoll, daß ſie die Eheſcheidung nachſuchen und darein wechſelsweiſe willigen.

Es frägt ſich daher, ob die Ausſtellung dieſes Scheins in ſo fern eine weſentliche Förmlichkeit iſt, als deren Unterlaſſung beim erſten oder zweiten, dritten und vierten Erſcheinen der Ehegatten die Nichtigkeit des Verfahrens nach ſich zieht.

Geht man davon aus, daß dieſer Schein nur den Zweck haben mag, daß die Ehegatten aus dem Schein erſehen können, wann ſie das vorhergehende Mal bei Gericht waren oder daß ſie ſich nöthigenfalls darauf berufen und damit ausweiſen können, zu der im Schein angegebenen Zeit bei Gericht geweſen zu ſein, ſo iſt der Schein lediglich im Intereſſe der Ehegatten ausgeſtellt und es hängt alſo auch von ihnen ab, auf die Ausſtellung deſſelben ausdrücklich oder dadurch, daß ſie ihn nicht verlangen, ſtillſchweigend zu verzichten, ſo daß die Unterlaſſung der Ausſtellung keine weitere Folgen hat.

Dieſe Anſicht dürfte wohl auch ſchon aus dem Grunde die richtige ſein, weil dieſe Förmlichkeit weiter nichts verlangt, als eine Handlung des Gerichts, die auf die Beharrlichkeit der Ehegatten auch nicht den geringſten Einfluß üben kann und die Ehegatten können den Schein ebenſogut ſogleich zerreiſſen oder wegwerfen, als ſie auf die Ausſtellung ſofort verzichten.

Auch hat z. B. das Großherzogliche Hofgericht des Mittel-Rheinkreiſes in der Eheſcheidungsſache Wich gegen Wich die Ausſtellung eines ſolchen Scheins in ſo fern nicht als weſentliche Förmlichkeit betrachtet, als die Ehegatten bei ihrem vierten Erſcheinen ausdrücklich auf die Ausſtellung verzichtet haben und der Nichtausſtellung keine weitere Folgen gegeben worden ſind.

Allein bei der Beſorgniß, bei einer ſolchen Verhandlung Etwas zu verſäumen, was den Ehegatten von großem Nachtheil ſein kann — und dieſe Beſorgniß werden ſchon manche Richter gehabt haben — dürfte der Wunſch gerechtfertigt ſein, zu erfahren, welches die entſchiedene Rechtsanſicht unſerer ſämmtlichen Gerichtshöfe iſt?

Dietz.

Antwort der Redaction.

Das iſt mehr gefragt, als Jemand zu beantworten im Stande ſein wird, da es weder über den vorwürfigen Gegenſtand noch über andere Rechtsfragen eine entſchiedene Anſicht ſämmtlicher Obergerichte geben dürfte.

In wie fern die landrechtlichen Vorſchriften des Verfahrens bei Eheſcheidungen auf wechſelſeitige Einwilligung das Prädicat der Sinn- und Zweckloſigkeit verdienen, darüber vergleiche man Brauer Erl. Bd. S. 212 und Zachariä franz. Civ. Recht, III. Band S. 113. Ob die Unterlaſſung dieſer oder jener Förmlichkeit das Verfahren nichtig mache, iſt nach L.R.S. 6 k. zu beurtheilen.

Erörterungen und Präjudicien über dieſes Scheidungsverfahren enthalten

von Hohnhorſts Jahrbücher von 1825. S. 195 und 211 von 1829 und 1830 S. 213. Neue Folge I. Band S. 128. VI. Band S. 96—108. Annalen von 1842. S. 96.

Bald iſt die Praxis laxer, bald ſtrenger, je nachdem billige Nachſicht oder ſtarrer Formalismus zu Gericht ſitzt. Möglich wäre es, daß ſich die Anſichten mehr conſolidiren, wenn einmal der §. 27 unſerer neuen Gerichtsverfaſſung zur Anwendung kommt.

D. R.

Berichtigung.

In der Ueberſchrift des Aufſatzes II. in Nr. 35. S. 281 iſt ſtatt §. 815 zu leſen: 814.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. | Nro 37. | Karlsruhe den 12. September 1846.

I.

Einzelne practiſche Bemerkungen über das Inſtitut der Hausſuchung nach der badiſchen neuen Strafproceßordnung.

(Eingeſandt von dem vormaligen Aſſeſſor Fiſcher in Freiburg.)

A. Allgemeine Hausſuchung.

Auch die badiſche neue Strafproceßordnung unterſcheidet zwiſchen der allgemeinen und der ſpeciellen Hausſuchung. Der Gegenſtand der Erſteren iſt ein ganzes Ort, oder eine beſtimmte Abtheilung deſſelben, der Gegenſtand der Letzteren ein einzelnes Haus, oder Wohnung. Was die Frage anbelangt, durch welche Erforderniſſe die Vornahme dieſer criminalpolizeilichen Maaßregel bedingt ſei? ſo bezeichnet die gedachte Proceßordnung blos in allgemeinen Umriſſen die Punkte, an welche ſich das Unterſuchungsgericht bei der Anwendung der einen oder der anderen Art jener Maaßregel zu halten hat.

In Betreff der allgemeinen Hausſuchung iſt verfügt, daß dieſelbe dann erlaubt ſei, wenn aus Umſtänden wahrſcheinlich iſt, daß man den Angeſchuldigten oder Gegenſtände auffinden werde, die zum Beweiſe des Thatbeſtandes oder zur Endeckung des Thäters dienen. Es liegt in dem Sinne dieſer Beſtimmung, daß das Unterſuchungsgericht vor Allem die Natur des zu unterſuchenden Verbrechens ſowohl in ſeinen faktiſchen Haupteriterien, als in ſeinen Nebenumſtänden ſcharf in das Auge faſſe. Es hat ſich insbeſondere, ſo viel als immer thunlich, folgende Fragen klar zu beantworten:

a. an welchem Orte, und zu welcher Zeit wurde muthmaaßlich das Verbrechen vollführt?

b. auf welche Art und Weiſe wurde es vollführt, insbeſondere waren zur Verübung beſtimmte Werkzeuge, oder von Seite des Thäters eine beſtimmte Kunſtfertigkeit nöthig?

c. welches iſt die Beſchaffenheit des Gegenſtandes des durch das Vergehen verletzten Rechtes?

d. läßt ſich aus der Beſchaffenheit jenes Gegenſtandes, oder aus der Beſchaffenheit der Verletzung entnehmen, ob die That von Einem, oder von Mehreren vollführt wurde?

e. wie weit iſt die zu durchſuchende Ortſchaft von der Stelle entfernt, an welcher das Vergehen vollführt wurde?

f. wie iſt der Leumund der Bewohner des Ortes, auf deſſen Durchſuchung es abgeſehen iſt, beſchaffen?

ad a, c, e. Hier wird ein vorſichtiges Unterſuchungsgericht vor Allem die Entfernung der Stelle, an welcher die That vollführt wurde, von dem Orte, an welchen muthmaaßlich der Gegenſtand des durch die That verletzten Rechtes verbracht worden iſt, durch eine ſchleunige Abmeſſung beſtimmen laſſen, und insbeſondere in Betracht ziehen, ob nicht noch andere Ortſchaften oder Weiler gleich nahe bei jener Stelle liegen. Wenn nun der Gegenſtand des verletzten Rechtes, ſei es in Bezug auf ſeine Qualität oder Quantität, ſo beſchaffen iſt, daß ſich nicht unterſtellen läßt, daß er von der Zeit an, in welcher die That vollführt wurde, bis zu der Zeit, in welcher die That entdeckt wurde, an einen anderen Ort, als an den, auf deſſen Durchſuchung es abgeſehen iſt, verbracht worden ſein mag, ſo unterliegt die Vornahme der Durchſuchungsmaaßregel keinem Bedenken. Dieſe Vornahme wird um ſo unbedenklicher ſein, wenn ſich von der Stelle des verübten Verbrechens bis zu dem in Rede ſtehenden Orte Spuren, wie z. B. Fußtritte, Wagenleiſe ꝛc., die auf das verübte Verbrechen Bezug haben, und vor Verübung der

Digitized by Google

That alldort nicht erſichtlich waren, hinziehen. Immerhin werden ſolche Spuren, je nachdem ſich dieſelben durch den ganzen Ort, oder nur durch einen Theil hinziehen, dem Gerichte einen erheblichen Anhaltspunkt darüber darbieten, ob der ganze Ort oder nur eine Abtheilung desſelben der Durchſuchung zu unterwerfen ſei.

Es verſteht ſich übrigens von ſelbſt, daß bei dem Daſein der ſo eben dargelegten Umſtände der Zweck der Durchſuchung zugleich auch auf die Auffindung anderer zum Beweiſe des Thatbeſtandes dienlichen Gegenſtände, ſo wie auch auf die Entdeckung des Thäters abzielt.

ad b, verglichen mit c.

Hier hat das Unterſuchungsgericht ſorgfältig theils die Beſchaffenheit des durch die That verletzten Rechtes, ob es z. B. ein Recht auf die Perſönlichkeit, Leben und Geſundheit, oder ein Vermögensrecht iſt, zu prüfen, theils aber zu erwägen, ob die Art und Weiſe, wie die Verletzung beigebracht worden iſt, bei dem Thäter ſelbſt nicht Merkmale zurückließ. Wenn in dem durch den §. 203 des Strafgeſetzbuches vorgeſehenen Falle aus der Inſpektion ſich ergiebt, daß der Verletzte ſich zur Wehre ſetzte, und der Angreifer ſelbſt Verletzungen erlitten hat, ſo wird das Unterſuchungsgericht unverzüglich und ſorgfältig die hierauf Bezug habenden Spuren verfolgen, und, wenn ſich dieſelben zu einem beſtimmten Orte hinwenden, die Durchſuchungsmaaßregel anwenden. Hat ſich bei der Inſpektion herausgeſtellt, daß die Beibringung der Verletzung durch eine beſondere Kunſtfertigkeit in der Handhabung eines Inſtrumentes oder der Waffe bedingt war, und iſt es offenkundig oder durch andere Beweismittel dargethan, daß in einer Ortſchaft eine Klaſſe von Perſonen ſich aufhaltet, welche allein vermöge ihres Gewerbes oder ihrer Beſchäftigungsweiſe zu einer ſolchen Handhabung des Inſtrumentes oder der Waffe fähig iſt, ſo wird die Anwendung der Durchſuchungsmaaßregel in derjenigen Ortsabtheilung, welche jene Klaſſe von Perſonen bewohnt, gleichfalls keinem Bedenken unterliegen, ſowohl zum Zweck der Auffindung des Inſtrumentes, als zum Zweck der Entdeckung des Thäters.

Das gleiche Benehmen wird ſich das Unterſuchungsgericht in dem Falle zur Norm dienen laſſen, wenn ein gegen ein Vermögensrecht gerichtetes Verbrechen mittelſt Anwendung beſtimmter Werkzeuge oder Materialien vollbracht worden iſt, und entweder zuverläſſige Spuren darüber vorhanden ſind, daß dieſe Gegenſtände aus einer beſtimmten Ortſchaft kamen, oder aber ſichere Kunde darüber vorliegt, daß ſie nur in einer beſtimmten Ortſchaft zu erlangen ſind.

ad d. und f. In den meiſten Fällen wird das Unterſuchungsgericht zur Conſtatirung des Thatbeſtandes einen Augenſchein vornehmen, und ſchon aus dem Ergebniſſe dieſer Unterſuchungshandlung erſehen, ob die That das Produkt der Thätigkeit einer oder mehrerer Perſonen iſt. Wirkten nun erwieſenermaaßen mehrere Perſonen zur Vollführung der That mit, ſo wird eine beſondere Erheblichkeit dem Umſtande beigelegt werden müſſen, wenn in einer, in der Nähe der Stelle der vollführten That ſich befindlichen Ortſchaft eine Klaſſe von Perſonen ſich aufhaltet, von denen entweder jede einzeln für ſich die Verübung ſolcher Verbrechen, wie das zu unterſuchende iſt, gewerbsmäßig betreibt, oder die in Folge eingegangener Verbindungen derartige Verbrechen ſchon früher verſucht oder vollbracht haben, und hierwegen in Unterſuchung verwickelt und beſtraft wurden.

In einem ſolchen Falle ſchlägt das alte criminaliſtiſche Sprichwort, „Man ſuche die Thäter in der Nähe, und nicht in der Ferne," buchſtäblich an, und es gibt deshalb in dem berührten Falle ſchon der Umſtand, daß die in Rede ſtehende Ortſchaft in der Nähe der Stelle der vollführten That liegt, einen triftigen Grund ab, jene Ortſchaft entweder ganz oder theilweiſe der Durchſuchung zu unterwerfen. Es kommt hierbei insbeſondere in Betracht, daß derartige Individuen ſich in den meiſten Fällen vorſichtig hüten, die Gegenſtände, womit ſie die That vollführten oder welche ſie ſich mittelſt Vollführung derſelben zueigneten, in ihren eigenen Wohnungen zu unterbringen, ſondern ſolche in den Wohnungen anderer Ortsbewohner meiſtens ohne Wiſſen dieſer Letzteren verbergen, eines theils um die Entdeckung zu erſchweren, anderntheils, um im Falle einer Entdeckung den Verdacht deſto leichter von ſich ab- und auf Andere überwälzen zu können. Man bedenke übrigens wohl, daß die ſo eben dargelegte Verhaltungsnorm nur dann anwendbar iſt, wenn die Gattung des Verbrechens, wegen welchem jene Perſonen beſtraft wurden, vollkommen mit der Gattung des jetzt zu unterſuchenden Verbrechens übereinſtimmt, oder wenn wenigſtens zwiſchen beiden Gattungen ein inneres Verwandtſchaftsverhältniß

Digitized by Google

obwaltet, wie z. B. zwiſchen Raub und Diebſtahl. Wie verhält ſich aber dann die Sache, wenn der ſchlechte Leumund ſolcher Leute nicht durch vorausgegangene richterliche Unterſuchungen und Urtheile conſtatirt, ſondern dieſelben bloß durch die öffentliche Meinung als Individuen bezeichnet ſind, zu welchen man ſich der Vollführung ſolcher Thaten, wie die zu unterſuchende iſt, wohl verſehen kann?

In dieſem Falle dürfte der Umſtand, daß die Ortſchaft, in welcher derartige Individuen ſich aufhalten, in der Nähe der Stelle der vollführten That liegt, für ſich allein keinen zureichenden Grund abgeben, um die ſo gehäſſige Maßregel der Durchſuchung vorzunehmen. Es muß vielmehr in einem ſolchen Falle die Anwendung jener Maßregel durch das Hinzukommen eines oder mehrerer weiterer Umſtände, welche es wahrſcheinlich machen, daß der Thäter ſich in der fraglichen Ortſchaft aufhalte, oder daß ſich Gegenſtände dort befinden, welche zum Beweiſe des Thatbeſtandes oder zur Entdeckung des Thäters dienlich ſein möchten, gerechtfertiget werden können. Hierher gehören insbeſondere:

a. der Umſtand, wenn aus den Verhältniſſen der Entfernung der Stelle der vollführten That zu der benachbarten Ortſchaft, verglichen mit dem Zeitpunkte, in welchem muthmaßlich oder erwieſenermaßen die Vollführung ſtatt fand, mit Wahrſcheinlichkeit entnommen werden kann, daß die That von Angehörigen jener Ortſchaft vollführt worden ſei.

b. wenn die That in der Ortſchaft ſelbſt vollführt worden iſt.

c. wenn Spuren von der Stelle der vollführten That auf die in Rede ſtehende Ortſchaft hindeuten.

d. wenn die Bewohner der in der Nähe der Stelle der vollführten That befindlichen Ortſchaft ſich in einer ſolchen Lage befinden, daß in dem augenblicklichen Zeitpunkte nur allein ſie ſolche Gegenſtände, wie der Gegenſtand des durch die That verletzten Rechtes iſt, nothwendig haben.

Uebrigens wird das Unterſuchungsgericht bei der Anwendung ſämmtlicher hier dargelegten Normen in den einzelnen Fällen ſorgfältig den Umſtand beachten, daß die Vornahme einer allgemeinen Durchſuchung nicht in dem Grade als bedenklich erſcheint, wie die Vornahme einer ſpeciellen, indem die Erſtere, da ſie gegen eine beſtimmte Perſon noch keinen Verdacht ankündiget, für die perſönliche Ehre nicht in dem Maße gefahrdrohend iſt, wie die ſpecielle.

B. Specielle Hausſuchung.

In Betreff der ſpeciellen Hausſuchung unterſcheidet das Geſetz:

1) zwiſchen ſolchen Häuſern, welche dem Publicum offen ſtehen,

2) dem Hauſe, oder der Wohnung des Angeſchuldigten,

3) dem Hauſe, oder der Wohnung anderer Perſonen.

ad 1. Bezüglich dieſes Punktes iſt verordnet, daß in ſolchen Häuſern, namentlich in Gaſthäuſern, ſo weit ſie nicht an Privatperſonen vermiethet ſind, die Hausſuchung vorgenommen werden kann, ſo oft es dem Richter aus Umſtänden wahrſcheinlich iſt, daß in einem ſolchen Hauſe eine des Verbrechens verdächtige Perſon ſich verborgen halte, oder daß Gegenſtände darin zu finden ſeien, die zum Beweiſe des Thatbeſtandes eines Verbrechens oder zur Entdeckung des Thäters dienen.

Bei der Anwendung dieſer Beſtimmung hat das Unterſuchungsgericht theils die oben bei Lit. A. bezeichneten Momente zu beachten, theils zu erforſchen:

a. ob das Verbrechen, auf welches die Unterſuchung geht, zu einer Zeit und an einem Orte ſtatt fand, wo eine Zuſammenkunft von Perſonen, z. B. ein Jahrmarkt, ſtatt hatte?

b. ob eine ſolche Zuſammenkunft bloß von Angehörigen der Ortſchaft oder auch von Fremden beſucht wurde, und im letzteren Falle, wie die Leumundsverhältniſſe derſelben beſchaffen ſind, und ob ihre Anweſenheit durch den Zweck jener Zuſammenkunft motivirt iſt, oder ob ſie zwecklos dorthin kamen?

c. ob die Verübung des Verbrechens in einem dem Publicum offen ſtehenden Hauſe oder außerhalb deſſen ſtatt fand?

d. ob in dem betreffenden Orte öffentliche Verkehrsanſtalten, wie Poſt-Lagerhäuſer oder Bahnhöfe vorhanden ſind?

e. wie der Gegenſtand des durch das Verbrechen verletzten Rechtes beſchaffen iſt, insbeſondere ob auf jene Beſchaffenheit die Annahme gegründet werden kann, daß der Gegenſtand gleich nach Verübung der That ohne fremde Beihülfe fortgeſchaft werden konnte, oder ob zur Hinwegſchaffung fremde Beihülfe, insbeſondere die Benutzung einer der eben angegebenen Verkehrsanſtalten nothwendig war?

Wenn nun eine ſolche Zuſammenkunft von Perſonen beſucht wurde, welche entweder wegen Verbrechen, wie

Digitized by Google

daſs zu unterſuchende iſt, ſchon beſtraft wurden, oder durch die öffentliche Meinung als Leute bezeichnet ſind, von welchen man die Verübung ſolcher Thaten wohl erwarten kann, wohin insbeſondere der Fall zu rechnen iſt, wenn derartige Perſonen einen zweckloſen, herumvagirenden Lebenswandel führen, ſo wird die Durchſuchung des dem Publicum offenſtehenden Hauſes, in welchem derartige Individuen kurz vor Verübung der That oder an dem Tage der Verübung oder kurze Zeit nach der Verübung ſich aufhielten, keinem Anſtande unterliegen. Es iſt hier insbeſondere der Umſtand wohl zu beachten, daß ſolche Perſonen gewöhnlich kurze Zeit vor der Vollführung der That die Lokalverhältniſſe der dem Zutritte des Publicums offenſtehenden Gebäulichkeiten unterſuchen, um diejenige Stelle ausfindig zu machen, an welcher ſie am ſicherſten die Gegenſtände, die zur Entdeckung führen könnten, verbergen können. Ebenſo iſt eine ſolche Gebäulichkeit zu durchſuchen, wenn die Verübung des Verbrechens in derſelben ſtatt fand, und die That entweder ſo beſchaffen iſt, daß ſie an Stellen des inneren Theiles des Gebäudes Spuren zurücklaſſen mußte, oder aber, wenn wahrſcheinlich iſt, entweder daß ſich der Thäter noch in dem Gebäude verborgen halte, oder aber außer Stande war, die Werkzeuge oder Materialien, womit er die That verübte oder die Gegenſtände, welche er in Folge der Verübung zu Handen bekam, alsbald nach der Verübung aus dem Gebäude zu entfernen.

Die Intention des Thäters wird in der Regel dahin gerichtet ſein, derartige Gegenſtände ſo ſchnell, als immer thunlich, von dem Orte der vollführten That hinwegzubringen. Befinden ſich nun an dem Orte der vollführten That, oder in der Nähe deſſelben, Verkehrsanſtalten der oben bezeichneten Art, die ihrer Beſtimmung und Natur gemäß zur ſchnellen Hinwegtransportirung derartiger Gegenſtände vorzüglich geeignet ſind, ſo wird die Durchſuchung in derjenigen Abtheilung des Hauſes, in welcher die Transportgegenſtände aufbewahrt werden, unbedenklich vorzunehmen ſein.

Uebrigens verſteht ſich von ſelbſt, daß, wenn der oben berührte Fall eines Zuſammentreffens mehrerer Perſonen auch nicht vorliegt, die Durchſuchung in den dem Publicum offen ſtehenden Häuſern dennoch vorzunehmen iſt, wenn Umſtände der oben bezeichneten Art oder aber andere Umſtände vorliegen, welche es wahrſcheinlich machen, daß entweder in einem ſolchen Hauſe der Thäter aufgefunden oder aber Gegenſtände entdeckt werden können, die zum Beweiſe des Thatbeſtandes oder der Thäterſchaft dienlich ſind.

ad. 2. Bei der Durchſuchung des Hauſes oder der Wohnung des Angeſchuldigten iſt zu unterſcheiden:

a. zwiſchen dem Falle, wenn die Durchſuchung die Auffindung des Angeſchuldigten, und

b. zwiſchen dem Falle, wenn die Durchſuchung die Auffindung von zum Beweiſe des Thatbeſtandes oder zur Ueberweiſung des Angeſchuldigten dienlichen Gegenſtänden bezweckt.

ad a. In erſterer Beziehung iſt verordnet, daß die Durchſuchung des Hauſes oder der Wohnung eines Angeſchuldigten, der ſich verborgen hält, zum Zweck ſeines Auffindens angeordnet werden könne, wenn bereits ein Verhafts- oder Vorführungsbefehl gegen ihn erlaſſen iſt. Bezüglich der Anwendung dieſer Beſtimmung iſt Folgendes zu bemerken:

I. Es wird vorausgeſetzt, daß den übrigen Umſtänden nach als wahrſcheinlich anzunehmen iſt, daß der Angeſchuldigte den jetzigen Ort ſeines Aufenthaltes aus Veranlaſſung der gegen ihn anhängig gemachten Unterſuchung geheim halte, d. i. von dem Beſtreben ausgehe, ſich der Unterſuchung zu entziehen.

Wenn deßhalb ſeine bisherige Beſchäftigungsweiſe, insbeſondere die Beſchaffenheit ſeines Nahrungszweiges oder andere Umſtände, der Unterſtellung Raum geben, daß er ſich nur auf einige Zeit zu einem erlaubten Zwecke, wie z. B. zur Beſorgung eines unaufſchieblichen, zum Betriebe ſeines Nahrungszweiges gehörenden Geſchäftes, von ſeinem gewöhnlichen Wohnorte, oder Auffenthaltsorte, entfernt habe, und daß nach Erreichung jenes Zweckes ſeine Rückkehr wieder zu gewärtigen ſei, ſo wird die allegirte Beſtimmung nicht Platz greifen. Dagegen wird

II. dieſelbe insbeſondere da anwendbar ſein, wo Umſtände vorliegen, welche das Daſein der oben erwähnten Unterſtellung widerlegen, wohin insbeſondere die in dem §. 174. Nr. 1. Lit. a. und b. Strafproceßordnung bezeichneten Fälle zu rechnen ſind.

III. Unſere Beſtimmung ſetzt voraus, daß bereits ein Vorführungs- oder Verhaftsbefehl gegen den Angeſchuldigten erlaſſen worden ſei. Von dieſer Vorausſetzung wird aber dann Umgang zu nehmen ſein, wenn den Um-

Digitized by Google

ſtänden des einzelnen Falles nach anzunehmen iſt, daß in Folge der durch das Abwarten eines Vorführungs- oder Verhaftbefehles entſtehenden Verzögerung der Zweck der Maßregel ganz vereitelt würde, wohin hauptſächlich der Fall zu rechnen iſt, wenn der Angeſchuldigte auf friſcher That betreten wurde, und entweder gleich nach der That die Flucht ergriffen hat, oder Anſtalten zur Flucht traf. (§. 46 der Strafproceßordnung.)

ad. b. Für dieſen Fall iſt beſtimmt, daß die Durchſuchung des Hauſes oder der Wohnung des Angeſchuldigten ferner ſtattfinde, wenn wahrſcheinlich iſt, daß in dem Hauſe ſich Gegenſtände finden werden, die zum Beweiſe des Thatbeſtandes des Vergehens, worauf die Unterſuchung geht, oder zur Ueberweiſung des Angeſchuldigten dienen. Dieſe Beſtimmung rechtfertiget ſich ſchon durch die allgemeine Vorſchrift des §. 71 der Strafperoeßordnung. Da nämlich nach dieſer Beſtimmung dem Richter obliegt, ſämmtliche nur irgend erhebliche Beweiſe, welche für die Schuld ſprechen, zu erheben, ſo muß ihm auch das Recht beigelegt werden, ſämmtliche geſetzlich zuläſſige Mittel, die zur Erforſchung und Erhebung der Beweiſe dienlich ſind, in erſchöpfendem Maße anzuwenden. Man bedenke übrigens wohl, daß das Unterſuchungsgericht bei der Anwendnng unſeres §. 114, bevor es zu der Durchſuchungsmaßregel ſchreitet, ſich ein klares Bild von allen thatſächlichen Kriterien des zu unterſuchenden Factums zu entwerfen hat. Denn in dem Falle, wenn jene Kriterien dem Gerichte die Nichterreichung des durch die Maßregel beabſichtigten Zweckes eher, als das Erreichen, in Ausſicht ſtellen, beziehungsweiſe wahrſcheinlich machen, hat es von der Durchſuchungsmaßregel Umgang zu nehmen, weil auch hier die Maxime anſchlägt, daß das Gericht ſich aller für die Aufgabe der Unterſuchung unnützen Vexationen des Angeſchuldigten zu enthalten habe. (arg. §. 71 loc. cit.)

ad 3. Was die Durchſuchung des Hauſes oder der Wohnung anderer Perſonen betrifft, ſo verfügt das Geſetz, daß auch in dem Hauſe ſolcher Perſonen die Durchſuchung erlaubt ſei, wenn aus Umſtänden dringend wahrſcheinlich ſei, entweder daß der Angeſchuldigte ſich darin verborgen halte, oder daß die Perſon Gegenſtände, die zum Beweiſe des Thatbeſtandes oder zur Ueberweiſung des Angeſchuldigten dienen, beſitze, und ſolche verheimlichen werde.

Iſt kein Grnnd zu dieſer letzteren Annahme vorhanden, ſo wird der Beſitzer des Gegenſtandes vorerſt über ſeinen Beſitz gefragt, und zur Herausgabe aufgefordert, und erſt dann, wenn er den Beſitz läugnet, oder die Herausgabe widerrechtlich verweigert, findet die Hausſuchung oder die Wegnahme des Gegenſtandes ſtatt.

Es gründet ſich dieſe Beſtimmung auf die Maxime, daß Dritte nicht in die Unterſuchung verflochtene Perſonen in der Regel durch keine Unterſuchungshandlung beläſtiget werden dürfen, außer wenn die Unterlaſſung einer ſolchen Beläſtigung die Aufgabe der Unterſuchung gegen den Angeſchuldigten vereiteln würde, und auch in dieſem Falle darf die Beläſtignng nie weiter gehen, als zur Verhinderung jener Vereitlung nothwendig iſt. Eine vollſtändige Aufzählung der Umſtände, welche die in dem Geſetze vorausgeſetzte dringende Wahrſcheinlichkeit begründen, läßt ſich nicht aufſtellen. Es kommt hierbei Alles auf die Beſchaffenheit des konkreten Falles an. Vorzüglich werden jedoch immer die Leumundsverhältniſſe der dritten Perſon, insbeſondere die Frage, ob dieſelbe wegen eines ähnlichen Vergehens, wie der jetzt Angeſchuldigte, auch ſchon in Unterſuchung ſtund und beſtraft wurde, ſodann die perſönlichen Beziehungen des Angeſchuldigten zu dem Dritten, wobei der Umſtand wichtig werden kann, wenn der Angeſchuldigte in Verbindung mit dem Dritten ſchon früher ähnliche Vergehen verſucht oder vollbracht hat, ſo wie der Fall, wenn die dritte Perſon der Verhehlung, beziehungsweiſe Verheimlichung ſolcher Gegenſtände, wie der im §. 114 der Strafproceßordnung beſchriebenen, durch frühere Unterſuchungen ſchon überwieſen wurde, zu beachten ſein.

Es iſt hier übrigens noch zu bemerken, daß, wenn nach Maßgabe des §. 112 der Strafproceßordnung ein dem Publicum offenſtehendes Haus der Durchſuchung zu unterwerfen, und eine Abtheilung jenes Hauſes an eine Privatperſon vermiethet iſt, die Frage, ob auch dieſe letztere Abtheilung der Durchſuchung zu unterwerfen ſei? nicht nach der Beſtimmung des §. 112, ſondern nach der des §. 115 zu entſcheiden iſt.

C. Wer hat die Hausſuchung vorzunehmen?

Die Hausſuchung iſt nicht bloß ein Mittel, Beweiſe zu erforſchen, ſondern wird in ſehr vielen und gerade den wichtigeren Criminalfällen ein ſehr geeignetes Mittel darbieten, die in Folge der Durchſuchung erforſchten

Digitized by Google

Beweiſe auch alsbald und auf eine ſichere Weiſe zu erheben. Nicht nur können hier objective, d. h. aus der äußeren Beſchaffenheit des Falles hervorgehende Verhältniſſe, wohin z. B. der Fall gehört, wenn bei der Vornahme der Durchſuchung Spuren entdeckt werden, die ſogleich eine ſorgfältige Beaugenſcheinigung und actenmäßigen Beſchrieb nothwendig machen, ſondern es können auch ſubjective Verhältniſſe einwirken, wohin die Fälle zu rechnen ſind, wenn bei der Vornahme der Durchſuchung der eine oder andere Hausbewohner eine nicht auf andere zureichende Weiſe erklärbare Beſtürzung an den Tag legt, und deßhalb die vollſtändige Aufnahme eines Gebärdenprotocolls nothwendig fällt, oder wenn während dem Acte der Eine oder Andere der Hausbewohner auf verdächtige Weiſe Gegenſtände bei Seite zu ſchaffen ſucht. Da das Geſetz von der Unterſtellung ausgeht, daß ſämmtliche Unſuchungshandlungen, mögen ſie auf die Feſtſtellung des Thatbeſtandes oder auf die Ueberweiſuug des Thäters abzielen, in der Regel auf eine rechtsgültige und ſichere Weiſe nur durch das betreffende zuſtändige Unterſuchungsgericht vorgenommen werden können, ſo wird auch die Conſtatirung von Verhältniſſen der obenbezeichneten Natur einen ſicheren, für die Unterſuchung gedeihlichen Erfolg nur dann zu gewärtigen haben, wenn jene Conſtatirung von dem Unterſuchungsgerichte ſelbſt ausgeht. Mit Recht hat deßhalb die Strafproceßordnung an das Unterſuchungsgericht die Weiſung erlaſſen, in der Regel die Hausſuchung immer ſelbſt vorzunehmen, und läßt von dieſer Regel eine Ausnahme nur dann eintreten, wenn der Fall entweder ſo gering iſt, daß vorausſichtlich der Zweck der Maßregel, wenn ſie durch den Bürgermeiſter oder einen Polizeibeamten vorgenommen wird, eben ſo gut erreicht wird, wie im Falle der Vornahme durch das Gericht, oder wenn der Fall in der Art eilend iſt, daß vorausſichtlich der Zweck der Maßregel vereitelt würde, falls dieſelbe nicht ſofort von dem Polizeiperſonale oder anderen Dienern der öffentlichen Gewalt vorgenommen wird. (§. 46 Nr. 1 und 113 der Strafproceßordnung.)

D. Wie iſt die Hausdurchſuchung vorzunehmen?

Bezüglich dieſer Frage iſt Folgendes zu bemerken:

a. Der im §. 76 der Strafproceßordnung ausgeſprochene Grundſatz, daß alle gerichtlichen, zur Unterſuchung gehörenden Handlungen durch Aufnahme eines Protocolls, unter Leitung des Beamten und in Gegenwart eines beeidigten Protocollführers actenmäßig gemacht werden müſſen, findet auch auf die Maßregel der Hausdurchſuchung Anwendung.

b. Wird die Wohnung oder das Haus des Angeſchuldigten durchſucht, ſo iſt dieſer immer ſelbſt beizuziehen und nur in dem Falle ſeiner Abweſenheit genügt die Beiziehung eines Angehörigen ſeiner Familie oder eines Nachbars. Dieſe Vorſchrift gilt auch für jede andere Perſon, deren Haus oder Wohnung durchſucht wird.

c. Nach dem Grundſatze, daß weder der Angeſchuldigte noch eine dritte Perſon durch eine Unterſuchungshandlung weiter beläſtigt werden darf, als durch den Zweck der Handlung weſentlich geboten iſt, wird zwar der Richter der Maßregel der Durchſuchung eine ſolche Richtung geben, daß dadurch ihr Zweck vollſtändig erreicht wird. Allein er wird nicht mehr thun als zur Erreichung dieſes Zweckes nothwendig iſt. Hierher gehören die Vorſchriften, daß die Durchſuchung mit der möglichſten Schonung für den Ruf der Perſon, und niemals zur Nachtzeit, den Fall der Dringlichkeit abgerechnet, zu bewerkſtelligen iſt.

E. Iſt das Unterſuchungsgericht auf das einſeitige Verlangen einer Perſon verpflichtet, Durchſuchung vorzunehmen?

Es ſind ſchon die Fälle vorgekommen, daß eine Perſon, gegen welche keine geſetzliche, d. i. keine ſolche Verdachtsgründe vorlagen, um ſie in dem Sinne des §. 193 der Strafproceßordnung als Angeſchuldigten behandeln zu können, die aber durch die öffentliche Meinung eines Verbrechens verdächtigt wird, die Vornahme einer Hausſuchung verlangte, um ihren in den Augen der öffentlichen Meinung gefährdeten guten Namen zu erhalten, beziehungsweiſe wieder herzuſtellen, oder aber, daß eine Perſon, welche nach Maßgabe der gedachten Beſtimmung bereits als Angeſchuldigter behandelt wurde, die Vornahme der gleichen Maßregel verlangte, weil ſie von der Unterſtellung ausging, daß nach den Umſtänden des gegebenen Falles jene Maßregel ihr dienlich ſein könnte, die gegen ſie vorliegenden Verdachtsgründe zu beſeitigen. Es fragt ſich, ob ein ſolches Verlangen nach den Beſtimmungen unſerer Strafproceßordnung begründet iſt? In dem erſtgedachten Falle muß dieſe Frage verneint werden.

Digitized by Google

Denn, wenn gleich eine eingeleitete Unterſuchung nicht bloß auf die Erhebung der Schuld, ſondern zugleich auch der Vertheidigung gerichtet werden muß, ſo ſteht doch auf der anderen Seite feſt, daß der rechtliche Grund, aus welchem eine Unterſuchung erſt eingeleitet wird, nicht darin liegt, um die Unſchuld einer Perſon darzuthun, — denn hier greift die Maxime Platz: Quilibet bonus et justus praesumitur, donec probetur contrarium — ſondern vielmehr darin, um die Schuld zu erheben.

Was aber den zweiten Fall anbelangt, ſo muß man bei der Entſcheidung einen der leitenden Hauptgrundſätze unſeres Strafproceßrechtes ſorgfältig in dem Auge behalten. Dieſer Grundſatz beſagt, daß die Rechte des Staates auf die Ueberweiſung des Angeſchuldigten, und die des Letzteren auf ſeine Vertheidigung einander vollkommen gleich ſind, und daß deßhalb der Richter nicht nur ſämmtliche Umſtände und Beweiſe, welche für die Schuld, ſondern auch die Umſtände und Beweiſe, welche für die Vertheidigung ſprechen, erſchöpfend zu erheben hat, unter der weſentlichen Vorausſetzung jedoch, daß die zu dieſem Zwecke zu gebrauchenden Mittel für den gegebenen Fall erheblich und von dem Geſetze als zuläſſig erklärt ſind. Eine Beſtätigung dieſes Grundſatzes findet ſich insbeſondere in dem §. 162 der Strafproceßordnung, indem alldort ausgeſprochen iſt, daß auch der Angeſchuldigte zum Behufe ſeiner Vertheidigung verlangen könne, daß der gegen ihn ausſagende Zeuge ihm gegenüber geſtellt werden ſolle. Nach dem aus dem praktiſchen Leben gegriffenen Ausſpruche Julians in leg. 12 dig. I. 3: „Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus, aut senatus consultis comprehendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet" wird es keinem Bedenken unterliegen, den obenerwähnten Grundſatz auch als Material zur Löſung der vorwürfigen Frage zu benutzen und den Richter als verpflichtet zu erachten, dem Begehren des Angeſchuldigten entweder in ſeiner Wohnung oder in der Wohnung eines Anderen Durchſuchung vorzunehmen ſtatt zu geben, vorausgeſetzt, daß das Gericht aus der Vergleichung der factiſchen Verhältniſſe des einzelnen Falles mit den hier einſchlagenden Vorſchriften der §§. 112, 113, 114, 115 und 116 der Strafproceßordnung nicht erkennt, daß in dem gegebenen Falle die Vornahme der beantragten Maßregel geſetzlich unſtatthaft iſt, oder aber, daß es nicht erſieht, daß die Maßregel in dem gegebenen Falle unerheblich, d. i. den von dem Angeſchuldigten beabſichtigten Zweck nicht erreichen, ſondern nutzlos ſein werde. Denn in dieſen beiden letzteren Fällen kommt die Vorſchrift zur Anwendung, daß das Unterſuchungsgericht den Gang der Unterſuchung zu leiten und zu überwachen habe, und kraft dieſer Direction nicht nur das Recht, ſondern auch die Obliegenheit habe, alle entweder geſetzlich unſtatthaften oder aber unerheblichen Unterſuchungshandlungen zu verhindern.

II.

Zur Lehre von der gerichtlichen Ermächtigung der Ehefrauen zur Proceßführung.

Der L.R.S. 215 ſtellt den Grundſatz auf: „die Frau kann ohne Ermächtigung ihres Mannes nicht vor Gericht ſtehen." Damit iſt der Frau die Befugniß, ſelbſtſtändig ihre Rechte vor Gericht zu verfolgen (die persona legitima standi in judicio), entzogen, es iſt feſtgeſetzt, daß ſie die gerichtliche Verfolgung ihrer Rechte nur unter Mitwirkung ihres Ehemannes ausüben dürfe.

Wollte ſie deſſenungeachtet ohne ehemännliche Ermächtigung als Klägerin auftreten, ſo würde die Ladung verſagt werden müſſen, weil eine weſentliche Vorausſetzung der Rechtsbeſtändigkeit des Verfahrens fehlte, deren Mangel der Richter von Amtswegen zu berückſichtigen hat.

Wie aber, wenn die Frau von einem Dritten belangt wird? Wer hat hier die ehemännliche und nöthigenfalls die gerichtliche Ermächtigung der Frau zu erwirken und welches Verfahren muß eintreten, wenn und ſo lange dieſe Ermächtigung nicht beigebracht wird?

Hierüber ſtellt eine Redactionsnote in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern 1840—1841 S. 382 folgende Anſicht auf:

„Die Berufung einer Frau auf die mangelnde ehemännliche Ermächtigung zur Proceßführung kann wohl dazu dienen, einen bereits verhandelten Proceß, oder einzelne bereits vor ſich gegangene Proceßhandlungen, wobei der Frau die ehemännliche Ermächtigung fehlte, als nichtig anzufechten. Es kann aber darin keine Einrede liegen, womit ſich die Frau gegen die Klage vertheidigen oder dem Verfahren widerſetzen könnte, denn es iſt ja eben Sache der Ehefrau ſelbſt, die ehemännliche oder nöthigenfalls gerichtliche Ermächtigung beizubringen. Vernachläſſigt ſie dieß und wird ſie deßhalb zu Proceßhandlungen (auf Antrag des Gegentheils oder von Amtswegen) nicht zugelaſſen, ſo tritt gegen ſie ein Contumacial-Verfahren ein."

Dieſer Anſicht, welche auch in den Gerichten Anhänger gefunden hat, dürften aber folgende Bedenken entgegen ſtehen:

1) Da die Proceßhandlungen, welche die Frau ohne Ermächtigung ihres Mannes vornimmt, nichtig ſind, und als ſolche von der Frau ſelbſt angefochten werden können (L.R.S. 225), ſo iſt nicht einzuſehen, warum die-

Digitized by Google

ſer Nichtigkeitsgrund erſt hinterher ſoll geltend gemacht werden können, nachdem die nichtige Handlung bereits vor ſich gegangen iſt. Denn aus dem Rechte, eine vorgenommene Handlung als nichtig anzufechten, folgt wohl auch die Befugniß, ſich der Entſtehung dieſer Handlung von Anfang an zu widerſetzen. Es wäre etwas rein Zweckloſes, ein Rechtsgeſchäft zu unternehmen mit dem Bewußtſein, daß es nur zu einem factiſchen Scheinleben, nicht aber zu rechtlichem Daſein gelangen könne.

2) Die Proceßhandlungen, welche die Frau ohne Ermächtigung vornimmt, ſind völlig wirkungslos. Wenn nun obiger Anſicht zufolge gegen die Frau, welche ſich gar nicht oder (was dem gleich gilt) ohne Ermächtigung auf die Klage einläßt, das Ungehorſamsverfahren eintreten ſoll, und zwar ohne daß dieſes gleichfalls ſpäter als nichtig angefochten werden könnte, was wohl ohne Zweifel im Sinne jener Anſicht liegt: ſo führte dieß zu dem gewiß auffallenden Reſultate, daß man dem, in Folge des Ungehorſams fingirten Zugeſtändniſſe der beklagten Ehefrau eine Rechtswirkung beilegen würde, während ihre ausdrückliche Vertheidigung eine ſolche nicht hätte. Eine Perſon aber, deren poſitive Handlungen ohne Rechtsbeſtand ſind, kann wohl auch durch Unterlaſſungen eine rechtliche Wirkung nicht hervorbringen.

3) Die Ertheilung der Ermächtigung iſt ein Recht des Ehemanns, ſie beruht auf dem imperium maritale *). Es kann alſo nicht von dem Belieben der Frau abhängen, demſelben Gelegenheit zur Ausübung dieſes Rechts zu geben oder ſolches zu umgehen. Sie kann auf das Recht ihres Mannes nicht verzichten, und es kann daher nicht ihr überlaſſen werden, die Ermächtigung einzuholen oder nicht.

Dies ſind die Gründe, aus welchen ich obige Anſicht nicht für richtig halte. Auch unter den franzöſiſchen Schriftſtellern hat, ſo weit meine Kenntniß reicht, keiner ſie aufgeſtellt. Dieſe nehmen vielmehr an, es ſei nicht Sache der beklagten Frau **), ſich die Ermächtigung zu verſchaffen, denn dieſe habe hiezu weder eine Verpflichtung noch ein Intereſſe, dagegen müſſe dem Kläger daran liegen, die Hinderniſſe wegzuräumen, welche der Gültigkeit des von ihm eingeleiteten Verfahrens im Wege ſtehen, ſeine Sache ſei es daher, für die Ermächtigung der Beklagten zu ſorgen. Dieſe Anſicht wird auch in der Praxis allgemein befolgt. Der Kläger läßt ſeine Klage nicht nur der beklagten Ehefrau, ſondern auch ihrem Manne zuſtellen, und zwar letzterm mit der Aufforderung, ſeiner Frau die Ermächtigung zur Proceßführung zu ertheilen. Bleibt dann der Ehemann in der Tagfahrt aus oder verweigert er ausdrücklich die Ermächtigung, ſo kann dieſe auf Antrag des Klägers vom Gerichte ertheilt werden. Nur dann, wenn der Mann abweſend, mundtodt oder zu entehrender Strafe verurtheilt iſt, kann der Kläger, ohne vorherige Aufforderung deſſelben, ſofort auf gerichtliche Ermächtigung antragen (arg. L.R.S. 221, 222). Chardon, traité des trois puissances, 1. partie (puisance maritale). Nr. 298. Cubain, traité des droits des femmes, Nr. 183. Schlink, Commentar über die franzöſiſche Civil-Proceßordnung. Coblenz 1843. Bd. I., §. 204, Nr. 7; Bd. III., § 463. Zachariä, Handbuch, Bd. III., §. 472, Anmerk. 4.

Dieſe Anſicht ſcheint mir die richtige zu ſein; nur muß bei uns wegen §. 330 der Proceßordnung in der Ladungsverfügung dem Manne der Rechtsnachtheil, daß im Falle ſeines Ausbleibens die Ermächtigung von Gerichtswegen ertheilt würde, ausdrücklich angedroht werden.

Schließlich erlaube ich mir einige allgemeine Bemerkungen, welche Chardon a. a. O. Nr. 293 über die gerichtliche Proceß-Ermächtigung der Ehefrauen macht, hier beizufügen.

„Die Aufgabe der Richter, ſagt er, hat etwas ſehr Mißliches, wenn der Ehemann eine Klage mißbilligt und die Frau gleichwohl auf deren Anſtellung beharrt, zumal wenn daſſelbe Gericht, welches um die Ermächtigung angegangen wird, ſpäter auch über die Klage zu entſcheiden hat. Wenn die Anſprüche der Frau nicht ganz offenbar grundlos ſind, ſo wird ihr das Gericht, ohne die der Klage entgegenſtehenden Gründe ahnen zu können, die Ermächtigung ertheilen müſſen, auf die Gefahr hin, nach einiger Zeit durch ſein Urtheil auszuſprechen, daß ſie beſſer gethan hätte, dem Rathe ihres Mannes zu folgen.“

„Die Verlegenheit des Gerichts muß noch ſteigen, wenn die Frau gegen das Urtheil, welches ihre mit gerichtlicher Ermächtigung erhobene Klage abweiſt, appelliren will. Verweigern ihr die Richter den Gebrauch dieſes Rechtsmittels, ſo maßen ſie ſich eine Unfehlbarkeit an, die im Widerſpruche mit der Hierarchie der Gerichte ſteht; geben ſie ihr die Ermächtigung, ſo bringen ſie ſich in einen Gegenſatz zu ihrem eignen Urtheile.“

„Dieſe ſonderbare Verpflichtung wurde den Gerichten erſt im 16. Jahrhunderte, bei der Umarbeitung der Gewohnheitsrechte, auferlegt. Coquille ſagt in einer Note zu Art. 1 Cap. 23 du Coutume du Nivernais: Depuis quelque temps on a introduit cette usance, que, quand le mari refuse d'autoriser sa femme, en fait des procès et des plaidoiries, il doit dire les causes du refus; et s'il refuse d'autoriser, sans alléguer juste cause, elle soit autorisée par justice.“

„Damals war dieß alſo noch eine ganz neue Uebung, welche bei Umarbeitung der Gewohnheitsrechte in dieſelben aufgenommen wurde. Ich glaube, man hätte beſſer gethan, dieſe ſtets koſtſpielige, ſelten heilſame Neuerung abzuſchaffen, als ſie auf die Länder des geſchriebenen Rechts auszudehnen, die ſie vorher nicht gekannt hatten.“

K. Ammann.

*) Vergleiche Baurittel Handbuch Bd. I., S. 508.

**) Für den Fall, da eine Frau als Klägerin auftreten will, enthält der Code de proc. 861—864 ausführliche Vorſchriften, welche aber nach übereinſtimmender Anſicht der franzöſiſchen Rechtsgelehrten auf die beklagte Ehefrau nicht anwendbar ſind.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. **Nro. 38.** Karlsruhe den 19. September 1846.

I.

Ueber die Erbfolge in Erblehengüter, Nutznießung des überlebenden Ehegatten daran, und Heimfall derſelben.

Die verſchiedenen Anſichten, welche über die in der Ueberſchrift berührten Rechtsverhältniſſe bei unſern Erblehen oder Erbbeſtänden ſchon vielfach, namentlich auch nach den Abhandlungen

in den Jahrbüchern des Oberhofgerichts III. (1825) S. 6. §. 8 und S. 8. §. 9 und ff.,

in den Annalen der badiſchen Gerichte 1839, S. 285 und ff., 1845, 262 und

in der neuen Folge der oberhofgerichtlichen Jahrbücher VIII., 555 und 562, Note der Redaction —

ſich kund gegeben haben, dürften den nachfolgenden Verſuch, richtige Grundſätze hierin aufzuſtellen, und aus dieſen auch richtige Folgerungen abzuleiten, wohl rechtfertigen.

I. Von der Erbfolge in Erblehengüter.

Wenn von Erbfolge bei Erblehen oder Erbbeſtänden die Rede iſt, ſo erinnert dieſe unwillkürlich an das gemeine deutſche Lehenrecht, an die successio ex pacto et providentia majorum, und an alle die Eigenthümlichkeiten jenes Rechtsſyſtems, welche, weil abnorm, eben deßwegen dem Gedächtniſſe am meiſten ſich eingeprägt haben, und bei der erſten Namensähnlichkeit ſogleich ſich hervordrängen, um ihre Anwendung, und dadurch ihre frühere, freilich jetzt etwas geſchwächte Herrſchaft wieder zu finden. Ein Blick in unſer Landrecht aber, insbeſondere auf Buch III., Tit. VIII., Kap. VI. ſcheucht ſolche Erſcheinungen wieder zurück, denn hier wird unſern Erbbeſtänden das Recht vindicirt, nach unſern land- und nicht nach lehenrechtlichen Beſtimmungen beurtheilt zu werden.

ſ. auch Hohnhorſts O. H. J. III., 9 und O. H. J. N. F. VIII., 171.

Handelt es ſich namentlich um die Erbfolge in Erblehengüter, ſo beſtimmt hierüber der L.R.S. 1831 b. d., daß „der Erbbeſtandsvertrag nicht bedingen könne, es ſolle eine von der geſetzlichen Ordnung abweichende Art der Vererbung in dem Erblehen ſtattfinden."

Dieſer Satz hängt zuſammen mit dem L.R.S. 1389: „daß Ehegatten in keiner Weiſe Veränderungen in der geſetzlichen Ordnung des Erbrechts ihrer Kinder einführen können;"

und dieſe Geſetzesſtelle führt zurück auf folgende Beſtimmungen in

L.R.S. 1130: „Niemand kann über eine noch unangefallene Erbſchaft einen Vertrag abſchließen, ſelbſt nicht mit Einwilligung des Erblaſſers;"

L.R.S. 896: „Aftererbſetzungen ſind verboten ꝛc. mit Ausnahme der Stamm- und Lehengüter;"

L.R.S. 732: „Weder die Natur der Güter, noch die Perſon, von der ſie herkommen, beſtimmt den geſetzlichen Erbgang;

L.R.S. 732 a.: „Ausgenommen ſind hiebei die Lehen- und Stammgüter."

Wie dieſe Landrechtsſätze geſchichtlich ihre Entſtehung erhielten, iſt in der ſehr gründlichen Abhandlung eines leider zu früh Verſtorbenen (ſ. Annalen d. B. G. VII. 285 und ff.) hinreichend dargethan; ich will der Kürze wegen hier auf dieſelbe verweiſen und deßhalb vorerſt bei der Dogmatik dieſer landrechtlichen Beſtimmungen ſtehen bleiben.

Nach dieſer iſt Grundſatz, daß, mit Ausnahme der te-

Digitized by Google

ſtamentariſchen Verfügungen, *das Geſetz die Erbfolge beſtimmt, dabei aber weder auf die Natur der Güter, noch auf die Perſon, von der ſie herkommen, Rückſicht nimmt.*

L.R.S. 731. 732.

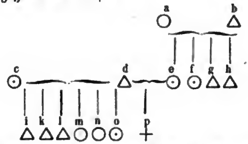
Tritt auch die teſtamentariſche Erbfolge ein, ſo hat ſie immer nur Statt in Bezug auf die berufene *nächſtfolgende* Perſon, alſo nur auf *einen* Grad. Erbverträge und Aftererbſetzungen ſind verboten, L.R.S. 1130. 896; eine Ausnahme von Letztern geſtattet das Geſetz bei Verfügungen der Eltern und Geſchwiſter, L.R.S. 897. 1048. und ff., jedoch immer nur zu Gunſten eines Aftererben des *erſten* Grades; und eine fernere ausgedehntere zu Gunſten der „*Lehen und Stammgüter*“ L.R.S. 896. 732 a. Unter dieſen ſind aber nur die in L.R.S. 577 o. a. genannten Güter, und die *eigentlichen* Lehen begriffen, bei welchen das V. Conſtitutionsedict von 1807 in Anwendung kommt; keineswegs aber unſere *Erblehen*, oder die *uneigentlichen* Lehen (Erbbeſtände und Bauerlehen) wie dies *Brauer* II. 57 ausdrücklich erwähnt; er hat dieß auch, um jeder Verwechslung zu begegnen, im L.R.S. 1831 b. d. beſtimmt ausgeſprochen.

Bei dieſen Erblehen (Erbbeſtänden, Bauerlehen) findet demnach keine eigenthümliche Erbfolgeordnung ſtatt, ſondern die unſeres gemeinen Landrechts. Dieß folgt nicht nur aus den oben angegebenen poſitiven Geſetzesſtellen, ſondern auch aus der Natur der Sache.

An einem ſolchen Erblehen, einem Nutzeigenthume, ſteht nämlich dem erſten Erwerber — mit Ausnahme der Beſchränkung des L.R.S. 1831 b. g. — die gleiche Befugniß zu, wie an ſeinem übrigen Vermögen; es gehört zu ſeinem Geſammtvermögen, und bildet nach ſeinem Tode keinen hinſichtlich der Vererbung von der Verlaſſenſchaft abzuſondernden Theil. Es geht auf den Nutzeigenthumserben über, L.R.S. 577 a. o.; wer dieſer iſt, beſtimmt das Landrecht, und da dieſes keine andere Erbfolgeordnung kennt, als jene in die Verlaſſenſchaft überhaupt, ſo muß eben nothwendig der Erbe der letztern auch der Nutzeigenthumserbe ſein. Ebenſo verhält es ſich beim Erben des erſten Erwerbers, bei dem Erben dieſes Erben u. ſ. w. bis zu dem Zeitpunkt, wo das Erblehen nach dem Erbbeſtandsvertrage heimfällt. Die Vorſchriften über Pflichttheil, Collation ꝛc. ꝛc. finden auch hinſichtlich des Erblehens Anwendung, kurz daſſelbe bildet dieſſeits des Heimfalls einen mit der übrigen Verlaſſenſchaft rechtlich ganz gleich zu behandelnden Theil derſelben.

Wer in die Verlaſſenſchaft überhaupt ſuccedirt, folgt auch eo ipso in das Erblehen, wenn dieſes nämlich nicht heimfällt; und wer in das Erblehen ſuccediren will, muß eben Erbe derjenigen Verlaſſenſchaft ſein, von welcher jenes ein Theil iſt, oder zu welcher es gehört: man kann nicht das Eine ausſchlagen, und das Andere annehmen; die successio iſt keine s. singularis, ſondern ſtets eine s. universalis.

Hieraus folgt, daß diejenige Perſon, welche in das Erblehen ſuccediren will, ihr Erbfolgerecht ſtets von dem *letzten Beſitzer* deſſelben ableiten, beziehungsweiſe dieſen überhaupt beerben muß; kann ſie dieſes nicht, ſo nützt ihr vorderhand ihre Verwandtſchaft mit dem erſten Erwerber nichts, auch wenn ſie nach dem Erbbeſtandsbriefe an und für ſich zur Erbfolge berufen wäre. Dieſe Verwandtſchaft iſt nicht einmal ein abſolutes Erforderniß zur Erblehensnachfolge. Zu dieſer Nachfolge iſt hinreichend, daß man Erbe des letzten Beſitzers iſt, und daß der Erbbeſtand mit dem Tode deſſelben nicht heimfällt. Es kann ein Nichtverwandter des erſten Erwerbers in den Erbbeſtand ſuccediren, obgleich dieſer nur auf Nachkommen gegeben iſt, wenn nur ſolche Nachkommen noch vorhanden ſind. Dieſer Fall tritt ein, wenn der letzte Beſitzer d. i. der Erblaſſer keine Nachkommen, aber Halbgeſchwiſter und zugleich Oheime oder Muhmen hinterläßt, welch letztere vom erſten Erwerber abſtammen; wie das in den Annalen 1839 S. 285 angeführte Beiſpiel zeigt, welches hier wieder gegeben werden ſoll:



a war hier der erſte Erwerber, e und p folgten in den Erbbeſtand; p ſtarb ohne Nachkommen, aber mit Hinterlaſſung der Halbgeſchwiſter i k l m n und o, des Oheims f und der Muhmen g und h, welche drei letztern Abkömmlinge des erſten Erwerbers a ſind. Hier folgen nun der

Digitized by Google

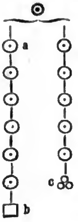
Erblaſſerin p, deren Halbgeſchwiſter mütterlicher Seits i k l m n und o, obwohl ſie keine Nachkommen oder Verwandte des erſten Erwerbers a ſind; ſie ſchließen deſſen Abkömmlinge f g h vom Erbbeſtande aus, und zwar deßwegen, weil jene nach L.R.S. 752 die letzte Beſitzerin p beerben, und weil das Erblehen, da noch Abkömmlinge des erſten Erwerbers vorhanden ſind, nicht heimfällt.

Aehnlich iſt das Beiſpiel in Hohnhorſt III. S. 9 §. 10 und §. 2, wo der Vater der Erblaſſerin, der mit dem erſten Erwerber nicht verwandt war, ſuccedirte.

Würde immer der erſte Erwerber beerbt werden, ſo würden hier deſſen Nachkommen, und nicht die Halbgeſchwiſter, beziehungsweiſe der Vater des letzten Beſitzers, die mit dem erſten Erwerber gar nicht verwandt waren, in das Erblehen gefolgt ſein. Da aber nach obiger Ausführung nur die Letztern als Erben des letzten Beſitzers rechtlich ſuccediren konnten, ſo folgt, daß bei unſern Erbbeſtänden nicht der erſte Erwerber, ſondern der letzte Beſitzer beerbt wird, daß alſo keine successio ex pacto et providentia majorum, ſondern unſere landrechtliche successio ex lege vel ex testamento ſtattfindet.

Nur die landrechtliche Erbfolge bildet demnach die Regel; die successio ex pacto et providentia majorum iſt als eine Ausnahme nur bei den eigentlichen Lehen zuläſſig; ſie beruht auf einem Ausnahmsgeſetze, und darf ſchon um deßwillen nicht auf andere Fälle, als für welche ſie geſtattet iſt, ausgedehnt werden.

Die Nachweiſung, daß nicht der erſte Erwerber, ſondern der letzte Beſitzer beerbt wird, iſt auch wegen der Gradeberechnung wichtig, indem nämlich der Seitenverwandte, welcher ſuccediren will, beziehungsweiſe den Heimfall verhindern ſoll, nicht ſowohl mit dem erſten Erwerber, als mit dem letzten Beſitzer in erbfähigem Grade verwandt ſein muß; zwar iſt er, wenn letzteres der Fall iſt, ſtets auch in noch näherm Grade mit dem erſten Erwerber verwandt, allein es kommt nicht die Berechnung der Grade zwiſchen ihm und dieſem, ſondern zwiſchen ihm und dem letzten Beſitzer in Betracht. z. B.:



In dieſem Falle iſt der Succeſſionsluſtige c zwar mit dem erſten Erwerber a im ſiebten, alſo in erbfähigem, aber mit dem letzten Beſitzer b im 13. alſo in nicht erbfähigem Grade verwandt, und kann deßhalb nicht in den Erbbeſtand nachfolgen, dieſer fällt vielmehr heim. Würde die successio ex pacto et providentia majorum ſtattfinden, ſo müßte man den c zur Nachfolge zulaſſen, denn alsdann würde nur die Gradezahl, in welcher er mit dem erſten Erwerber a verwandt iſt, maßgebend ſein. Dieſe Erbfolge findet jedoch nach der bisherigen Ausführung nicht ſtatt, ſondern die landrechtliche, und nach letzterer muß der Erbbeſtands- oder Nutzeigenthumserbe mit dem Erblaſſer d. i. dem letzten Beſitzer nach L.R.S. 755 mindeſtens im zwölften Grade verwandt ſein.

Mit dem aufgeſtellten Grundſatze und den bisher daraus abgeleiteten Folgerungen ſteht der L.R.S. 1831 b. b. —, wonach der Erbbeſtand auf gewiſſe beſtimmte Gattungen und Grade von Erben, oder auf Leibeserben, oder auf alle Erben, oder auf Erben und Erbnehmer gegeben ſein kann — nicht im Widerſpruch. Dieſer Landrechtſatz geſtattet keineswegs, im Erbbeſtandsvertrage zum Voraus zu beſtimmen, wer jeweils in den Erbbeſtand ſpeciell ſuccediren ſoll, denn eine ſolche Erbberufung wäre verboten; ſondern er handelt davon, wann das Erbbeſtandsverhältniß aufhören, wann das Nutzeigenthum wieder an den Grundeigenthümer zurückfallen ſoll. Hohnhorſt, D. H. J. III. 9. Der Erbbeſtandsvertrag kann keine Erbfolgeordnung einführen, ſondern nach L.R.S. 1831 b. b. nur beſtimmen, daß das Nutzeigenthum ſo lange ſich fortvererben ſoll, als die dort genannten Grade und Gattungen von Erben, beziehungsweiſe Erbnehmer vorhanden ſind. Seine Beſtimmung in dieſer Beziehung bezeichnet nur die Zeitdauer, während welcher das Grund- und das Nutzeigenthum getrennt ſein ſollen; wer aber während dieſer Zeitdauer, alſo während der Dauer des Erbbeſtandsverhältniſſes jeweils in das Erblehen ſuccedire, dieß beſtimmt das Landrecht in ſeiner Erbfolgeordnung in Satz 731 u. f. f.

Die Beſchränkung, daß dem Erbbeſtandsvertrage keine Erbfolgeordnung einverleibt werden darf, iſt aber rückſichtlich der Erblehen keine größere, als ſie überhaupt das Geſetz jedem Staatsbürger auch hinſichtlich ſeines übrigen Vermögens auferlegt, denn es kann auch rückſichtlich des Letztern keine Erbfolge durch Vertrag feſtgeſetzt werden. Ebendeßwegen kann ſich auch kein Betheiligter über eine derartige Auslegung der Beſtimmungen des Erbbeſtandsvertrags beſchweren, denn dieſe werden dadurch nur mit

Digitized by Google

der allgemeinen Geſetzgebung des Landes in Einklang gebracht, und mehr kann der Staatsbürger nicht verlangen.

Obwohl nun in dem Erbbeſtandsvertrage das Erblehen in der Regel nur auf Nachkommen, oder Seitenverwandte gegeben iſt, ſo können doch, wie oben nachgewieſen wurde, auch Nichtverwandte des erſten Erwerbers, z. B. Halbgeſchwiſter oder ein Elterntheil, von dem das Erblehen nicht herkommt, dem letzten Beſitzer ſuccediren; man mag verſucht ſein, dieß für ein Unrecht gegen den erſten Verleiher, Grund- oder Obereigenthümer zu halten, welcher doch durch die Beſtimmung im Erbbeſtandsvertrage nur *Verwandte* des erſten Erwerbers mit dem Erblehen bedacht wiſſen wollte. Allein dieſes Unrecht iſt nicht ſo groß, und, richtig betrachtet, nur ein ſcheinbares.

Das Inteſtaterbrecht, kraft deſſen jene Nichtverwandte einrücken, beruft Diejenigen als Erben, denen der erſte Verleiher das Nutzeigenthum auch zugedacht haben würde, wenn er auf Jahrhunderte hinaus Aftererbſetzungen hätte treffen dürfen, oder treffen wollen. Er hätte ohne allen Zweifel nicht etwa diejenigen Perſonen zur Erbfolge berufen, welche ihm die *angenehmſten* wären — denn wie kann von einer perſönlichen Zueignung die Rede ſein zu einer Perſon, welche noch gar nicht vorhanden iſt, ſondern vielleicht erſt nach einem Jahrhundert unter den Lebenden auftreten wird — ſondern er würde diejenigen Perſonen zur Nachfolge beſtimmt haben, welche jeweils mit dem *letzten Beſitzer* und mit dem *Nutzeigenthum ſelbſt* in der nächſten Berührung ſtehen werden, welche der letzte Beſitzer ſelbſt auch berufen würde, ſei es nun aus perſönlicher Neigung oder aus dem Grunde, weil etwa, wie dieß gerade in den erwähnten Beiſpielen von Halbgeſchwiſtern und Eltern der Fall iſt, dieſe bei Lebzeiten des letzten Beſitzers ſchon Verwendungen, wenn auch nur durch Mitarbeiten, auf das Nutzeigenthum gemacht haben. So auch das Geſetz. Dieſes präſumirt, daß der Grundeigenthümer nicht Perſonen zur Nachfolge gerufen haben würde, welche über und durch ihre Voreltern ihren Antheil an dem Nutzeigenthum ſchon damals erhalten haben, als ihr und des letzten Beſitzers gemeinſchaftlicher Ahne mit Tod abging, und welche jetzt ungerechter- und unbilligerweiſe den auf die andere Linie übergegangenen Antheil dieſer auf einmal entreißen würden — ſondern es vermuthet ſehr vernünftig, daß er Diejenigen berufen haben würde, welche dem letzten Beſitzer am nächſten ſtehen, welche noch nichts von dem Nutzeigenthum erhalten haben, welche vielleicht auf daſſelbe ſchon Verwendungen machten, und nun auch die Früchte derſelben genießen mögen.

Wenn auf dieſe Weiſe ein Erbbeſtand auch in eine Familie andern Stammes und Namens übergeht, ſo verſtößt dies nicht gegen die Abſicht des erſten Verleihers, denn dieſe ging nicht ſowohl dahin, daß der Erbbeſtand nur bei einer Familie gleichen Stammes und Namens verbleiben, ſondern vielmehr dahin, daß derſelbe ſich vererben ſoll, ſo lange Nutzeigenthumserben vorhanden ſind; und wenn ferner durch dieſen Uebergang in eine andere Familie in dem einen Fall weniger Heimfallshoffnung vorhanden iſt, ſo gleicht ſich dieß in einem andern Falle durch das umgekehrte Verhältniß wieder aus. In keinem Falle kann ſich der Grundeigenthümer über ſolch einen Uebergang beſchweren, denn er iſt geſetzlich, und dieſem muß er ſich fügen; es widerfährt ihm alſo kein Unrecht.

Eben ſo wenig haben aber die durch ſolchen Uebergang ausgeſchloſſenen Abkömmlinge des erſten Erwerbers Grund zur Beſchwerde, daß ihnen in einem einzelnen Falle Nichtverwandte deſſelben vorgezogen werden; ſie haben zwar ein Erbrecht in abstracto, und verhindern deßwegen den Heimfall des Erbbeſtands; allein ſie haben kein Erbrecht in concreto, d. h. ſie kommen nicht zur Erbfolge, und müſſen ſich den Vorgang näher, und deßhalb mehr Berechtigter gefallen laſſen. Sie können ſich wirkſam nicht auf den Erbbeſtandsbrief berufen, um als Verwandte den Nichtverwandten vorzugehen; denn die deßfallſige Beſtimmung in demſelben hat, wie ſchon nachgewieſen, nicht die Kraft einer Erbfolgeordnung, ſondern erhält nur die Bezeichnung, wie lange das Erbbeſtandsverhältniß dauert, beziehungsweiſe, wann daſſelbe endigen, und das Nutzeigenthum heimfallen ſoll.

Das Vorhandenſein eines ſolchen Verwandten hat vielmehr die Rechtswirkung, daß jetzt mit dem Tode des letzten Beſitzers das Nutzeigenthum nicht aufhört, ſondern als Theil der Verlaſſenſchaft auf den *geſetzlichen* Erben deſſelben übergeht.

Hiernach dürfte das, was in den O. H. J. N. F. VIII. 560 von einer auch bei Erblehen ſtattfindenden successio ex pacto et providentia majorum geſagt iſt, *nicht* richtig ſein.

Digitized by Google

II. Von der Nutznießung des überlebenden Ehegatten an Erblehengütern.

Nach L.R.S. 745 a. bleibt (nach einer mit Kinder geſegneten Ehe) von der Verlaſſenſchaft der Eltern auf ein Viertheil dem überlebenden Elterntheil, der in einer Ehegemeinſchaft lebte, die lebenslängliche Nutznießung, oder im Wiederverheirathungsfalle eine gleich große Rente kraft *ehelichen Rechts*; auf die übrigen drei Viertel kann er ſie kraft *Elternrechts* haben.

Hier entſteht nun die Frage, ob *dieſe Nutznießung ſich auf die in dem Nachlaſſe des Verſtorbenen befindlichen Erbbeſtandsgüter erſtrecke?*

Ich glaube, dieſe Frage bejahen zu können.

Fallen freilich die Erbbeſtandsgüter mit dem Tode des verſtorbenen Ehegatten heim, weil ſie nach L.R.S. 1831 b. b. §. 2 auf dem letzten Grade ſtanden, ſo gehören ſie nicht mehr zum Nachlaſſe des Verſtorbenen, und können ſomit auch nicht Gegenſtand der Nutznießung durch den Ueberlebenden ſein.

Fallen ſie aber nicht heim, ſo bilden ſie nach der Ausführung, oben unter I. einen integrirenden Beſtandtheil des Nachlaſſes, an welchem ſeinem ganzen Beſtande nach, alſo auch an den darin befindlichen Erbbeſtandsgütern der überlebende Elterntheil während der Minderjährigkeit der Kinder die Nutznießung hat, und zwar zu $^3/_4$ kraft *Elternrechts*, und zu $^1/_4$ kraft *Eherechts*. Mit der Volljährigkeit der Kinder verliert er jene $^3/_4$, dieſes $^1/_4$ verbleibt ihm aber.

Das Geſetz ſchließt nirgends die Erbbeſtandsgüter von dieſer Nutznießung aus, was doch hätte geſchehen müſſen, wenn die Nutznießung an dieſen nicht hätte ſtattfinden ſollen.

Es konnte aber den überlebenden Elterntheil auch nicht davon ausſchließen, ohne ſich einer großen Härte ſchuldig zu machen; denn oft beſteht der Geſammtnachlaß eines Elterntheils nur in Erbbeſtandsgütern, und das Geſetz hätte daher, würde es dem oft armen überlebenden Theil die Nutznießung an ſolchen vorenthalten, denſelben nach der Volljährigkeit der Kinder ohne alle eigenen Subſiſtenzmittel gelaſſen, und der Noth und dem Elende Preis gegeben.

Dies wollte aber unſer Landrecht nicht; es beabſichtigte gerade das Gegentheil, und wollte den überlebenden Ehegatten, ſo viel die Rückſicht auf Verſorgung der Kinder zuläßt, gegen Abhängigkeit und drückende Noth ſicher ſtellen; es wollte ihn nicht vollſtändig aus einem Genuſſe vertreiben, der ihm ſchon während der Ehe zugeſtanden, und der oft nur die Frucht der von dem Ueberlebenden während der Ehe auf die Erbbeſtandsgüter gemachten Verwendungen iſt.

Auf dieſen Rückſichten beruhten ſchon die in den ältern Partikularrechten vorkommenden Erb- und Nutznießungsrechte des überlebenden Ehegatten am Nachlaſſe des Verſtorbenen, beziehungsweiſe an dem Erbtheil der Kinder von dieſem Nachlaſſe.

Dieſen „*Beiſitz und Nießung*“ gewährten ſchon das Landrecht der churfürſtlichen Pfalz bei Rhein von 1610.

Das Landrecht der Markgrafſchaften Baden und Hochberg, Sauſſenberg, Rötteln, Badenweiler, Lahr und Mahlberg von 1710. Das Landrecht der Markgrafſchaft Baden-Baden, die Statuten von Offenburg, Gengenbach und Zell von 1588 u. ſ. f.

Von dieſen Partikularrechten geben die meiſten dem überlebenden Ehegatten noch ein Erbrecht.

Dieſe Nutznießung erſtreckte ſich aber unbeſtreitbar auch damals ſchon auf die im Nachlaſſe vorhandenen Erbbeſtandsgüter, denn nirgends ſind ſie davon ausgenommen. In den meiſten dieſer Partikurlarrechte ſind die Erbbeſtände an der ihnen gebührenden Stelle, nämlich nach den Zeitpachtverträgen, abgehandelt, alſo keiner beſondern, namentlich keiner der eigentlichen Lehensgeſetzgebung analogen unterworfen, ſomit in dieſer Hinſicht dem Allodial-Vermögen gleichgeſtellt.

Bei der Nutznießung iſt ausdrücklich angeführt, daß ſie ſich erſtrecken ſoll auf *alles* an die Kinder übergehende Vermögen, *nichts ausgenommen*.

Demnach ſind auch die Erbbeſtände darunter begriffen geweſen, denn andernfalls hätte man ſie ausdrücklich davon ausſchließen müſſen.

Damit ſtimmt auch das römiſche Recht überein; da wo daſſelbe der Ehefrau einen Nießbrauch an dem auf die Kinder übergehenden Erbvermögen einräumt, ſchließt es gleichfalls die Emphyteuſen, denen unſere Erbbeſtände doch mehr oder weniger nachgebildet ſind, nicht davon aus.

Hat die poſitive Geſetzgebung die Erbbeſtände von dieſer Nutznießung nicht ausgenommen, ſo hat das Herkommen ſie derſelben unterworfen.

Digitized by Google

Nun hat aber nach der Beſtätigung Brauers III. 632 die neue Geſetzgebung „die einzelnen Sätze bezüglich der Erbbeſtände aus dem Herkommen entnommen mit Ausnahme weniger Beſtimmungen,“ welche ſich aber nicht auf dieſe Nutznießung beziehen. Folglich hat unſer Landrecht hinſichtlich der letztern das frühere Recht recipirt, und demnach die Nutznießung des überlebenden Elterntheils auch an den Erbbeſtandsgütern des verſtorbenen beibehalten.

Ein weiterer Grund für die aufgeſtellte Behauptung liegt auch in dem Ausdruck im L.R.S. 745 a; es „bleibt“ dem Ueberlebenden dieſe Nutznießung.

Derſelbe hatte jedenfalls während der Ehe den Mitgenuß an den Erbbeſtandsgütern des andern Ehegatten; dieſe Nutznießung „verbleibt“ ihm alſo auch nach dem Tode deſſelben in dem geſetzlich ſtatuirten Maße.

Endlich betrachtet unſer Landrecht die eheliche Nutznießung des überlebenden Ehegatten als die rechtliche Folge eines Vertrags, nämlich der zwiſchen den Ehegatten eingegangenen vertragsmäßigen Verbindung; dieſer Vertrag gibt aber nach L.R.S. 1135 dem Ueberlebenden ein Recht nicht nur auf das Ausgedruckte, ſondern auf Alles, was aus ſolchem nach Billigkeit, Herkommen oder Geſetzen folgt; und daß dieſe Nutznießung an den Erbbeſtandsgütern dieſe Erforderniſſe für ſich hat, glaube ich oben nachgewieſen zu haben.

Steht aber dem überlebenden Elterntheil dieſe Nutznießung zu, wenn Kinder vorhanden ſind, ſo wird er wohl dieſelbe auch nach L.R.S. 738 a. haben, wenn nämlich die Ehe kinderlos endete.

Alle die vorhin vorgebrachten Gründe gelten auch hier: das Geſetz entzieht nämlich nirgends die Erbbeſtände dieſer Nutznießung; es hätte dies aber ſpeziell thun müſſen, wollte es die eheliche Nutznießung nicht daran geſtatten, weil dieſe Güter zum Nachlaſſe des Verſtorbenen gehören. arg. L. R. S. 732 a.

Dafür ſpricht auch der Grund, Zweck und Geiſt des Geſetzes; der Grund, weil der überlebende Theil ſchon während der Ehe den Mitgenuß hatte, und Verwendungen auf das Gut machte; der Zweck, weil das Geſetz dem Ueberlebenden, nachdem ihm der Tod eine helfende Hand entriſſen, Nahrungsunterhalt verſchaffen will; der Geiſt des Geſetzes, weil eine ſolche Nutznießung in der Regel dem Willen des Erblaſſers, welchen das Geſetz vorzugsweiſe zu erfüllen trachtet, entſpricht.

Aber auch die Geſchichte unterſtützt eine ſolche Auslegung, wie oben ſchon angeführt wurde.

Hierzu kommt noch der weitere Grund, daß, wenn nach einer mit Kindern geſegneten Ehe die Nutznießung auf die Erbbeſtandsgüter ſich erſtreckt, dies nach einer kinderloſen Ehe um ſo mehr der Fall ſein muß, als ſonſt das Geſetz die entfernten Seitenverwandten ſchonender behandeln und mehr begünſtigen würde, als die Kinder des Erblaſſers, wozu doch überall kein vernünftiger Grund gefunden werden könnte.

Der in den O. H. G. R. F. VIII. 556 und ff. für die Unſtatthaftigkeit einer ſolchen Nutznießung vorgebrachte Grund — daß mit dem Tode eines von zwei kinderloſen Ehegatten die Rechte deſſelben und deſſen Erben an ſeinem Nutzeigenthum erlöſchen, dieſes ſomit nicht als Beſtandtheil der Erbmaſſe angeſehen werden könne — findet ſchon in der beigefügten Redactionsnote hinlänglich ſeine Widerlegung, und ich möchte derſelben nur noch beifügen, daß dieſer Grund zu viel, alſo nichts beweiſt, denn wenn nach ihm auch die Rechte der Erben erlöſchen ſollten, ſo könnten dieſe ja — da nach unſerm Landrecht keine Erbrechte ex pacto et providentia majorum übrig bleiben — in das Nutzeigenthum nicht nachfolgen.

Ich bin nach dieſem der Anſicht, daß die Nutznießung des überlebenden Ehegatten ſowohl nach L. R. S. 745 a. als auch nach L. R. S. 738 a. ſich auch auf die Erbbeſtandsgüter des Verſtorbenen erſtreckt. Die Rechte der dadurch beſchränkten Erben, ſeien es nun Abkömmlinge oder Seitenverwandte des verſtorbenen Ehegatten, werden dadurch nicht geſchmälert, denn dieſelben haben auf die Erbbeſtandsgüter des Erblaſſers nicht mehr Anſprüche, als auf deſſen übrigen Nachlaß. Zu dieſem gehören aber jene Güter, wenn ſie nicht heimfallen, und die Erben können dieſen Nachlaß, alſo auch die darin befindlichen Erblehen nur mit der darauf haftenden Laſt der mehr erwähnten Nutznießung in Anſpruch nehmen.

III. Vom Heimfall der Erblehengüter.

Iſt freilich der Zeitpunkt gekommen, wo nach dem Erbbeſtandsvertrage das Nutzeigenthum wieder an den Grundeigenthümer zurückfällt, ſo kann daſſelbe weder Gegenſtand der Vererbung noch der ehelichen Nutznießung

Digitized by Google

ſein. Dieſer Zeitpunkt tritt dann ein, oder, wie das Geſetz ſich ausdrückt, das Nutzeigenthum „fällt heim," wenn der geſtorbene Erbbeſtänder nach dem Erbbeſtandsvertrage der letzte der Nutzerbberechtigten geweſen iſt, L. R. S. 577 a. o., während dem Leben deſſelben „ſteht das Nutzeigenthum auf dem Heimfall". Wer aber der letzte Nutzerbberechtigte iſt, kann nur negativ ausgedrückt werden; derjenige iſt es nämlich, hinter welchem kein anderer Nutzerbberechtigter mehr ſteht. Dies iſt nun der Fall und zwar bei Erbbeſtänden, welche auf gewiſſe beſtimmte Gattungen und Grade von Erben gegeben ſind, wenn der betreffende Erbbeſtänder in dem Grade, bis auf welchen der Erbbeſtand verliehen wurde, mit dem erſten Erwerber in der beſtimmten Erbgattung verwandt iſt, oder wenn, in näherm Grade verwandt, Erben weiterer Grade fehlen.

Bei Erbbeſtänden, welche auf Leibeserben, oder auf alle Erben gegeben ſind, iſt derjenige der letzte Nutzerbberechtigte, außer welchem kein in erbfähigem Grade mit ihm ſelbſt verwandter Nachkommen, beziehungsweiſe kein Seitenverwandter des erſten Erwerbers mehr vorhanden iſt. Bei Erbbeſtänden, welche auf Erben und Erbnehmer verliehen wurden, iſt endlich derjenige als letzter Nutzerbberechtigter anzuſehen, außer dem kein mit ihm in erbfähigem Grade verwandter Nachkommen, beziehungsweiſe Seitenverwandter des erſten Erwerbers oder kein Geſchenk- oder Vermächtnißnehmer dieſes letzten Beſitzers mehr exiſtirt.

So lange alſo noch ſolche Abkömmlinge beziehungsweiſe Seitenverwandte oder Geſchenknehmer vorhanden ſind, ſteht das Erblehen nicht auf dem Heimfall, und fällt auch nicht heim. Es iſt nun aber, wie ſchon unter Nr. I. nachgewieſen wurde, nicht gerade nothwendig, daß ſolche Seitenverwandte in concreto auch ſuccediren; es können zwiſchen ihnen und dem letzten Beſitzer näher Berechtigte ſtehen; wenn ſie nur ein Erbrecht in abstracto am Nachlaſſe haben, ſo hindern ſie den Heimfall des Erbbeſtandes.

Beſitzen ſie freilich kein ſolches Erbrecht in abstracto, d. h. ſind ſie nicht mehr in erbfähigem Grade mit dem Erblaſſer verwandt, ſo kann der Grundeigenthümer das Nutzeigenthum als heimgefallen, beziehungsweiſe als auf dem Heimfall ſtehend in Anſpruch nehmen.

Der Zeitpunkt, nach welchem beurtheilt werden muß, ob noch Nutzeigenthumserben vorhanden ſind, oder nicht, iſt, wo es ſich darum handelt, ob ein Erbbeſtand auf dem Heimfall ſteht, z. B. bei dem Falle des L.R.S. 1831 b. g. ſtets derjenige, wo dieſe Frage aufgeworfen wird; und wo es ſich um den wirklichen Heimfall handelt, der Tod des letzten Beſitzers; wie die thatſächlichen Verhältniſſe ſich zu dieſer Zeit verhalten, iſt maßgebend. Vermuthungen und Wahrſcheinlichkeiten dürfen nicht in Betracht kommen, ſondern nur Wirklichkeiten. So darf z. B. nicht darauf geſehen werden, ob kinderloſe Ehegatten, außer deren Einem, der Beſitzer des Erbbeſtandes iſt, kein Nachkommen, beziehungsweiſe Seitenverwandter des erſten Erwerbers mehr vorhanden, noch jung oder aber ſchon alt ſind, und daher nach dem Gange der Natur noch Kinder, oder aber keine zu erwarten haben; ſondern die Thatſache iſt allein entſcheidend, ob ein Nachkomme da iſt, mag nun dieſer ſchon geboren, oder noch ein embryo ſein, der bekanntlich da, wo es ſich um ſeinen Vortheil handelt, für ſchon geboren gehalten wird; oder aber ob kein ſolcher da iſt. Im erſten Falle kann vom Heimfalle des Erbbeſtands keine Rede ſein, wohl aber im letztern, mag auch der junge Erbbeſtänder an der Seite einer jugendlichen, liebenswürdigen Gattin die ſchönſten Flitterwochen verleben, und mehr an den Beſtand eines Erben, als an den Erbbeſtand denken — der kalte, rückſichtsloſe Juriſt wird ihm, wie dem 80jährigen erbeloſen Vaſallen, entgegengehalten: „Dein Erblehen ſteht auf dem Heimfall!"

Spohn.*)

II.

Iſt die bei Eheverlöbniſſen bedungene Conventionalſtrafe klagbar?

Die Margaretha K. von O. hat gegen Valentin U. von da unterm 7. April 1845 folgende Klage erhoben:

Der Beklagte beabſichtigte im Anfange dieſes Jahrs die Klägerin zu heirathen und es hielt ziemlich ſchwer, die letztere zur Einwilligung in dieſes Vorhaben zu beſtimmen. Da nach den hieſigen Sitten einem ledigen Mädchen, wenn eine projectirte Heirath zurückgeht, dadurch Schaden entſteht, daß ſie längere Zeit keine Parthie mehr zu ihrer Verehelichung findet, ſo wurde zwi-

*) Secretär beim evang. Oberkirchenrath.

Digitized by Google

ſchen beiden Theilen bedungen, daß derjenige Theil, welcher von dem Heirathsverſprechen abgehen ſollte, dem andern eine Entſchädigung von fünfhundert Gulden baar auszuzahlen habe.

Ungefähr zehn Tage nach jener Beabredung erklärte der Beklagte, daß er die Klägerin nicht heirathen werde und die letztere fordert nun die Entſchädigungsſumme von fünfhundert Gulden und ſtellt den Antrag, da der Beklagte zur Zahlung des fraglichen Betrags in Güte nicht zu bewegen iſt, Verhandlungen zu pflegen und nach deren Schluß zu Recht zu erkennen:

der Beklagte ſei unter Verfällung in die Koſten ſchuldig, die eingeklagte Forderung von 500 fl. binnen 14 Tagen bei Zwangsvermeidung an die Klägerin zu bezahlen.

Der thatſächliche Klagevortrag iſt von Seiten des Beklagten zugeſtanden worden. Nachdem die Klägerin zu ihren Gunſten ein amtliches Urtheil vom 6. Mai v. J. erwirkt hatte, kam dieſer Rechtsſtreit in die zweite Inſtanz, wurde aber bei derſelben nicht abgeurtheilt, da im Laufe der Appellationsverhandlungen ein Vergleich zwiſchen beiden Theilen abgeſchloſſen wurde.

Die bei dieſem Rechtsfalle zu löſende Rechtsfrage dürfte von praktiſchem Intereſſe ſein und es ſoll deren Beantwortung nach unſerer Geſetzgebung mit Rückſicht auf das gemeine Recht hier verſucht werden.

Das römiſche Recht hat die Conventionalſtrafe bei Eheverlöbniſſen für unzuläſſig erklärt.

l. 71 §. 1. D. de cond. et demonst. (35. 1.)

Titio centum relicta sunt ita, ut Maeviam uxorem, quae vidua est, ducat. conditio non remittetur et ideo nec cautio remittenda est, huic sententiae non refragatur, quod si quis pecuniam promittat, si Maeviam uxorem non ducat, praetor actionem denegat; aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad testamentum certa lege invitari.

l. 134 pr. D. de verb. obl. (45. 1.)

Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habenti filiam et tempore matrimonii consenserunt, ut filia gaji Seji filio Titiae desponderetur et interpositum est instrumentum et adjecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset, postea Gajus Sejus constante matrimonio diem suum obiit et filia ejus noluit nubere; quaero, an Gaji Seji heredes teneantur ex stipulatione? Respondit, ex stipulatione quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit; agenti exceptionem doli mali obstaturam; quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura sive jam contracta.

Dieſe Beſtimmungen finden in den Sitten der Römer ihre Rechtfertigung. Dieſelben betrachteten nämlich die Ehe nicht als ein rechtlich verbindendes Verhältniß im juriſtiſchen Sinne von „obligatio“ und ſie wollten der Trennung der Ehen keine Schranken ſetzen. Es hing von dem freien Willen der Eheleute ab, ob ſie ſich trennen wollten oder nicht. Dieſe Willkür wurde von den Römern ſo begünſtigt, daß ſie alle derſelben widerſprechenden Vertragsbedingungen als ſittenwidrig und unerlaubt hielten. Dieſe Anſicht von der Freiheit der Ehen beziehungsweiſe der Trennung derſelben iſt durch das neueſte juſtinianeiſche Recht nicht aufgehoben, ſondern die Eheſcheidungen nur einigermaßen beſchränkt worden. Uebrigens iſt ſich das römiſche Recht nicht conſequent geblieben, indem es nach

l. 5. Cod. de spons. et arrh. spons. et proxen. (5. 1.)

erlaubt iſt, ſich auf den Fall des nichterfüllten Eheverſprechens den vierfachen Erſatz der desfalls gegebenen Arrha auszubedingen, was doch gewiß einer poena conventionalis ähnlich iſt und in manchen Fällen mehr als dieſelben betragen kann.

Kaiſer Leo hat in Novelle 18 die Conventionalſtrafe bei Eheverlöbniſſen für ſtatthaft erklärt.

Das can. Recht hat über den vorliegenden Gegenſtand in

Kap. 29 X. de Sponsalib (4. 1.)

Folgendes beſtimmt:

gemma mulier nobis exposuit, quod, cum T. filio ejus, cum C. contraxit matrimoniam, B. de Alferia ea occassione, quod inter P. filium suum et praedictam puellam, intra septennium constitutos, sponsalia contracta fuerunt, poenam solvendam a parte, quae contraveniret, in stipulatione appositam, ab ipsa nititur extorquere. Cum itaque libera matrimonia esse debeant et ideo talis stipulatio propter poenam interpositionem sit merito improbanda, mandamus, quatenus, si est ita, eundem B. ut ab extorsione praedicta poenae desistat, ecclesiastica censura campellas.

(Schluß folgt).

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. **Nro. 39.** Karlsruhe den 26. September 1846.

I.

Iſt die bei Eheverlöbniſſen bedungene Conventionalſtrafe klagbar?

(Schluß).

In dieſer Geſetzesſtelle iſt von den Sponſalien unmündiger Perſonen die Rede, welche als bedingte angeſehen werden und erſt dann gültig ſein ſollen, wenn ſie nach eingetretener Mündigkeit beſtätigt werden. Die Freiheit derjenigen, welche in ihrer Unmündigkeit ein Eheverlöbniß eingegangen haben nach erreichter Mündigkeit wieder davon abzugehen, ſoll nicht beſchränkt und insbeſondere die desfalls bedungene Conventionalſtrafe unſtatthaft ſein. Einige behaupten zwar, das allegirte Kap. 29 ſei auf alle Sponſalien anwendbar, weil die Entſcheidungsgründe cum itaque ꝛc. allgemein gefaßt ſeien; allein die beſchränkende Interpretation iſt um ſo mehr zu rechtfertigen, als das canoniſche Recht befohlen hat, daß das Eheverſprechen gehalten, der Widerſpenſtige gemahnt, und wenn dies nichts fruchtet, durch Kirchencenſuren zur Erfüllung ſeines Verſprechens genöthigt werden ſolle.

Die römiſche Anſicht von der Freiheit der Ehen ſtand nicht im Einklang mit den Sitten unſerer deutſchen Vorfahrer, deren ſittliche und bürgerliche Verhältniſſe von denen der Römer verſchieden waren, und welche insbeſondere nach Verbreitung des Chriſtenthums die Ehe als eine geheiligte Verbindung mehr nach dem kirchlichen Charakter als nach dem eines rein civilrechtlichen Vertrags auffaßten. Von der gemeinrechtlichen Praxis iſt ſogar eine Klage auf Vollziehung der Ehe (actio matrimonialis, actio ex sponsu, condictio ex sponsalibus) eingeführt worden.

Rückſichtlich des gemeinen Rechts muß nach der richtigen Anſicht behauptet werden, daß die Conventialſtrafe bei Eheverlöbniſſen gültig ſei. Als Autorität hiefür wird das claſſiſche Werk von

A. D. Weber, Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, fünfte Auflage §. 84. Seite 318 bis 321

angeführt.

In Frankreich galt vor der Revolution in Eheſachen das canoniſche Recht, neben welchem noch einzelne königliche Ordonanzen erlaſſen waren. Die Revolution bewirkte eine gänzliche Umgeſtaltung der in dem Eherechte herrſchenden Grundſätze, indem das Princip angenommen wurde, daß die Ehe von allen kirchlichen Beziehungen unabhängig und nur als ein bürgerlicher Vertrag zu betrachten ſei, bei welchem bloß die rechtliche und politiſche Seite aufgefaßt werden ſolle. Die Eheſcheidungen erleichterte man (z. B. die Eheſcheidung mit wechſelſeitiger Einwilligung).

Dieſe Grundſatze gingen in den Code civil über. Man fühlte aber in der Folge, daß eine ſolche Anſicht von der Ehe mit den Prinzipien des Rechts und der Moral, ſowie mit dem Intereſſe des Staats nicht übereinſtimme, weßhalb nach Wiederherſtellung der königlichen Regierung durch die loi vom 8. März 1816 die Eheſcheidung aufgehoben und nur die Trennung von Tiſch und Bett beibehalten wurde.

Der Code civil enthält keine Beſtimmungen über das Eheverlöbniß. Daſſelbe wird nach den allgemeinen Grundſätzen über Verträge beurtheilt und die Nichterfüllung deſſelben hat nach Art. 1142 Schadenserſatz zur Folge.

Unter den franzöſiſchen Juriſten iſt beſtritten, ob der Schadenserſatz nur auf den erlittenen Schaden oder

Digitized by Google

auch auf den entbehrten Gewinn gehe, oder ob eine Geldſtrafe feſtgeſetzt werden könne.

Zachariä, Handbuch des franzöſiſchen Civilrechts vierte Auflage §. 457.

Von Duranton

Cours de droit civil tom. X. Nr. 320 und tom. XI. Nr. 329.

wird behauptet: das Strafgeding bei den Eheverlöbniſſen ſei ungültig, weil es der Freiheit der Ehe widerſpreche, die Hauptverbindlichkeit, die Eingehung der Ehe, nicht erzwungen werden könne, weßhalb auch das Nebengeding nach Art. 1227 nichtig ſei, weil ferner die Verlobten unter der Herrſchaft der Leidenſchaften und durch Ueberredung ſich leicht zu einer Geldſtrafe verbindlich machen könnten, welche dem ganzen Vermögen oder doch einem großen Theil deſſelben gleichkäme, in Folge deſſen bei der Furcht, das Vermögen zu verlieren, ein moraliſcher Zwang herbeigeführt werde, welcher die Freiheit, die Ehe einzugehen oder nicht, aufhebe und den Vertrag nach Art. 1112 ungültig mache.

Dieſe Anſicht iſt aus folgenden Gründen unrichtig:

a. die freie Anſicht von der Ehe paßt nicht mehr zu dem neuen franzöſiſchen Recht, welches die Eheſcheidung aufgehoben und die Grundſätze, welche vor der Revolution in Eheſachen Geltung hatten, wieder adoptirt hat.

b. Die Hauptverbindlichkeit, die Eingehung der Ehe, iſt erlaubt und ſelbſt von dem Geſetzgeber begünſtigt.

c. Der Grund des fraglichen moraliſchen Zwanges kann auf alle Verträge angewendet werden, er beweiſt zuviel und mithin nichts, wenn z. B. bei einem Kaufvertrage eine bedeutende dem Vermögen des einen Contrahenten etwa gleichkommende Conventionalſtrafe bedungen wird, wird man wohl einen ſolchen Vertrag für ungültig erklären?

d. Die Conventionalſtrafe und die Eingehung der Ehe können nicht zugleich verlangt werden. (Artikel 1229.)

Der betreffende Contrahent hat die Wahl entweder die Ehe einzugehen oder die Strafe zu bezahlen, und man kann deßhalb nicht behaupten, daß durch die Feſtſetzung einer Conventionalſtrafe die Vollziehung der Ehe erzwungen und die Freiheit der Wahl aufgehoben würde.

Diejenigen, welche der Anſicht huldigen, daß wegen nicht erfüllten Eheverſprechens das lucrum cessans gefordert werden könne, ſind incoſequent, indem in der Regel bei der Conventionalſtrafe nur das Intereſſe, welches die Vertragsperſonen im Fall der Nichterfüllung des Vertrags haben, berückſichtigt wird.

Unſere vaterländiſche Geſetzgebung hat die Ehe durch die Eheordnung vom Jahr 1807 beſonders regulirt, in deren §. 2 es heißt:

„Dieſe Geſetze heben damit die kirchliche Natur dieſes Vertrags nicht auf, und können alſo niemals eine ſolche Anwendung erhalten, womit ein Theil genöthigt würde, etwas zu thun oder zu unterlaſſen, wobei ihn die Grundſätze ſeiner Kirche für das Gegentheil verpflichten, ſo wie hinwiederum denen Kirchen-Geſetzen keine Anwendung von den Staatsbeamten geſtattet werden darf, wodurch die bürgerliche Ordnungsmäßigkeit oder Gültigkeit einer den Staatsgeſetzen gemäßen Verbindung angegriffen würde."

Nach

L. R. S. 311 a.

gilt die Eheordnung in ihren *polizeilichen* Beziehungen fort, ſo wie in denjenigen Rechtsbeziehungen, welche durch das Landrecht nicht abgeändert worden ſind. Hienach iſt die Ehe dem Einfluſſe ſowohl des Staats als der Kirche unterworfen und die Gewalt der letztern ſoll ſoweit gehen, als dies unbeſchadet der civilrechtlichen Vorſchriften geſchehen kann. Den Grundſatz, daß man die Ehe nur als einen rein bürgerlichen Vertrag zu betrachten habe, nahm man nicht an, indem man bei einer ſolchen Annahme die edelſte Seite der Ehe nicht anerkennen würde.

Rückſichtlich der Eheverlöbniſſe hat die Eheordnung in dem §. 14, 15 und 16 folgendes beſtimmt:

1) Alle äußere Rechtsverbindlichkeit der Eheverſprüche iſt aufgehoben, ſo daß niemals daraus irgend ein Klagrecht auf künftige Eingehung der Ehe, noch ſonſt eine rechtliche Wirkung entſpringen kann.

2) Damit jedoch Niemand die unvermeidlichen Vorbeſprechungen über Eingehung einer Ehe zwiſchen zwei Perſonen benützen könne, um den andern Theil in mancherlei vergebliche Vorbereitungskoſten zu ſetzen, und nachmals zu deſſen Schaden ungeſtraft zurückzugehen; ſo iſt anmit verordnet, daß, **ſobald beide Theile einſtimmig ihren Trauſchein von ihrer Staatsbehörde löſen**, dieſes für

Digitized by Google

eine verbindliche Erklärung gelte, es wolle derjenige, wer zurücktrete, dem andern einen geſetzlichen Abtrag für *Schaden und Koſten* zahlen.

3) Um zu verhüten, daß in den Anſchaffungen, ſoweit ſie dem andern Theil zur Laſt fallen können, niemals ein drückendes Uebermaß ſtattfinden möge, oder *Stoff zu weitläufigen Streitigkeiten über den Betrag entſtehe*, ſoll die Vergütung, *ſo weit nicht zwiſchen den Betheiligten ein Vergleich deßfalls zu Stande kommt*, auf eine in §. 16 feſtgeſetzte Abtragſumme ermäßigt werden.

Es frägt ſich nun, ob die Eheordnung bezüglich der Beſtimmungen über Eheverlöbniſſe neben dem Landrechte maßgebend iſt und nicht mit dem letztern im Widerſpruche ſtehe. Für die Verneinung dieſer Frage könnte man anführen:

Nach den L. R. S. 1101, 1107 und 1134 haben alle Verträge, benannte und unbenannte, die Wirkung eines Geſetzes zwiſchen den Contrahenten und erfordern redlichen Vollzug. Die Eheverlöbniſſe ſind zwar nicht ausdrücklich im Landrechte genannt, allein ſie ſtellen ſich als Verträge etwas zu thun dar und im Falle der Nichterfüllung derſelben kann nach L.R.S. 1142 Entſchädigung verlangt werden. Die Eheverlöbniſſe ſind aber nicht in der Art verbindend, daß mittelſt derſelben auf Vollziehung der Ehe geklagt werden könnte. Die aufgeworfene Frage hat eine civilrechtliche Eigenſchaft und kann nach dem Landrecht beantwortet werden, weßhalb die Eheordnung als durch das Landrecht aufgehoben angeſehen werden kann.

Richtiger iſt die Bejahung der geſtellten Frage. Denn die Ehe iſt eine durch Grundſätze der Sittlichkeit, Religion und des Rechts geheiligte Verbindung; ſie iſt von dem größten Einfluſſe auf den Staat, weßhalb unſere Geſetzgebung dieſelbe nicht für einen rein bürgerlichen Vertrag, ſondern für einen bezüglich ſeiner Kirchlichkeit und Weltlichkeit gemiſchten Gegenſtand erklärt hat. Die Eheverlöbniſſe ſind als die Ehe vorbereitende Verträge nach denſelben Grundſätzen zu beurtheilen und dem zufolge nach

L.R.S. 311 a.

die Eheordnung auf ſie anwendbar. Im §. 14 der Eheordnung iſt den Eheverlöbniſſen die Klagbarkeit und jede andere rechtliche Wirkung entzogen. Dieſen allgemeinen Satz hat der Geſetzgeber in §. 15 und 16 wieder modifizirt, indem er ſagt, es könne wegen nicht erfüllten Eheverſprechens der entſtandene Schaden nebſt Koſten erſetzt verlangt werden. Wenn ein deßfallſiger Vertrag zwiſchen den Betheiligten vorhanden iſt, ſo iſt dieſer maßgebend, was aus den Worten des §. 16 der Eheordnung „ſoweit nicht zwiſchen den Betheiligten ein Vergleich deßfalls zu Stande kommt" hervorgeht. Daß nur die unvermeidlichen Auslagen gemeint ſeien, wird dadurch widerlegt, daß ausdrücklich im §. 15 der Eheordnung die Worte „*Schaden und Koſten*" genannt ſind, daß das Wort „Koſten" nur das, was auf eine Sache verwendet wird, bezeichnet, das Wort „Schaden" im juriſtiſchen Sinne zu nehmen iſt und von dem Geſetzgeber keine Tautologie angenommen werden kann.

Brauer hat in ſeinen Erläuterungen zu L.R.S. 147 I. Band S. 149 angeführt, daß die in der Eheordnung feſtgeſetzte Entſchädigungsſumme nur eine nähere Beſtimmung der Folgen ſei, welche auch das Landrecht mittelſt Anwendung des L.R.S. 1382 für einen ſolchen Fall geben würde. Der nach dem cit. L.R.S. zu erſetzende Schaden begreift ſowohl den erlittenen Verluſt als den entbehrten Gewinn in ſich. Daß die Beſtimmung einer deßfallſigen Entſchädigung mittelſt einer beſonderen Uebereinkunft unſtatthaft ſei, wird Niemand behaupten wollen. Es ſcheint hienach, daß der Sinn der ſchon allegirten Paragraphen der Eheordnung der iſt:

die Eheverlöbniſſe ſollen zwar gar keine Rechtswirkung hervorbringen, aber die Nichterfüllung derſelben ſoll den Erſatz des dadurch entſtandenen Schadens nebſt Koſten zur Folge haben. Es ſoll diejenige Entſchädigung gegeben werden, welche entweder durch *Vertrag* oder *Geſetz* beſtimmt iſt und dadurch ſollen weitläufige Streitigkeiten über den Betrag der Entſchädigung abgeſchnitten werden. *)

Die Diſpoſition der Parthien über dieſen Punkt iſt demnach nicht ausgeſchloſſen, was auch natürlich iſt, weil der in Folge der Nichterfüllung des Eheverſprechens entſtandene Schaden je nach dem Stande und den Vermögensverhältniſſen der Verlobten verſchieden ſein kann und eine von dem Geſetze ohne Berückſichtigung der nähern

*) Vergl. *Annalen* von 1845. S. 247. D. R.

Verhältniſſe feſtgeſetzte Entſchädigungsſumme oft unbillig wäre.

Die Conventionalſtrafe bei dem Eheverſprechen iſt in dem gewöhnlichen Leben und auch nach

L. R. S. 1229.

auf den wegen des nichterfüllten Eheverſprechens entſtandenen Schaden berechnet und keine Geldſpekulation. Zudem ſchweigt die Eheordnung von der Conventionalſtrafe und deßhalb ſind die allgemeinen Rechtsgrundſätze anzuwenden.

Aus dem Vorgetragenen ergibt ſich:

daß die bei Eheverlöbniſſen bedungene Conventionalſtrafe gefordert werden kann, inſofern die Verlobten bereits die Ertheilung eines Trauſcheins erwirkt haben und erſt nachher der eine oder der andere Theil von dem Eheverſprechen abgeht.

Die entgegengeſetzte Anſicht findet ſich in dem

Archiv für die Geſetzgebung von Baden von J. von Kettenacker ꝛc. I. Band 524—526

in den Annalen der badiſchen Gerichte v. J. 1832 33. Nr. 59. S. 360.

Baurittels Handbuch des badiſchen Landrechts I. Band S. 442.

deren Widerlegung aber in obiger Ausführung enthalten ſein dürfte.

Scheuermann. *)

II.

Ueber die Einrede des Betrunkenſeins und deren Beweis bei Abſchließung von Verträgen.

Gewöhnlich ſagt man: das Daſein der Trunkenheit bei einem Vertragsabſchluß kann nur unter den Geſichtspunkt des nicht vorhandenen phyſiſchen Vermögens den Willen zu erklären, der ermangelnden freien Einwilligung geſtellt werden und iſt deßwegen dann, wenn behauptet werden kann, daß ſie einen ſo hohen Grad erreicht habe, daß Bewußtloſigkeit eingetreten geweſen, Gegenſtand des directen Gegenbeweiſes.

Annalen XI. S. 192 vgl. mit Zachariä §. 343 Nr. 8.

Damit kommt man, den in Annalen l. a. angeführten Fall im Auge haltend, zu der Sonderbarkeit, daß beim Geſtändniſſe des ſtattgefundenen Abſchluſſes des Vertrags und dem Vorſchützen der Trunkenheit ganz daſſelbe Reſultat hervortritt, wie beim Widerſpruch der Exiſtenz des Vertrags und dem eventuellen Vorſchützen der Trunkenheit, indem gewiß im erſten Falle auch Platz greifen muß das in der Redactionsnote zu Annalen XI. S. 230. Bemerkte, nämlich die Beweispflichtigkeit für den Verkäufer bezüglich der wirklichen — alſo mit Einwilligung verſehenen — Vertragsabſchließung.

Man könnte nun ſo helfen:

Im letzten Falle habe B gar nicht nöthig, ſeine Trunkenheit vorzuſchützen, indem es ihm ſtets freigeſtanden, dieſes nachzuholen, wenn A über den Vertragsabſchluß ſeinen Beweis angetreten. Bekanntlich ſei nämlich bei dem zu erlaſſenden Beweiserkenntniſſe ſtillſchweigend in dem Beweisſatze die Behauptung verflochten, B habe in jenen Vertrag eingewilligt, ſei im Zuſtande freier Willensbeſtimmung geweſen; es müſſe ihm alſo ſtets vorbehalten bleiben, gegen dieſe Präſumtion Beweis zu führen, was aber erſt in der Beweisinſtanz geſchehen dürfe und zwar ſo:

a. A tritt ihn durch Vorlage einer öffentlichen Urkunde an, worin erwähnt und von zwei Zeugen beſtätigt wird, B ſei bei geſundem Verſtande geweſen. Hier wird — vorausgeſetzt, daß man überhaupt Zeugenbeweis für zuläſſig hält — B nur die durch Zeugen zu erweiſende Einrede der Fälſchung gegen den Urkundenfertiger abgeben dürfen.

Hat aber dieſer Fertiger über B's Geiſteszuſtand nichts bemerkt, dann wird daſſelbe Rechtens ſein, wie wenn A durch Berufung auf eine Privaturkunde angetreten hätte, indem in jedem Falle B ſagen wird: ich habe zwar die Urkunde unterſchrieben, aber in einem Zuſtande wo ich nicht wußte, was ich that und ſchrieb, was ich durch Zeugen ꝛc. ꝛc. beſtätigen werde.

b. A tritt über die Exiſtenz des Vertrags ſeinen Beweis im Falle des L.R.S. 1341 durch Zeugen an, dann wird B, falls er ſeinen Gegenbeweis noch nicht durch Zeugen angetreten haben ſollte, erklären: er bitte die Zeugen des A auch über die ſeine jetzt erſt vorgeſchützte Einrede der Trunkenheit ins Licht ſtellende Fragſtücke einzuvernehmen, und ſchlage er nöthigenfalls noch weitere vor.

*) Amtsaſſeſſor in Tauberbiſchofsheim.

Digitized by Google

c. A tritt durch Eideszuſchiebung an B an. Hier wird dieſer, im Falle des noch nicht durch Zeugen angetretenen Gegenbeweiſes, ſagen: die Unwahrheit deſſen, worüber mir der Eid zugeſchoben iſt, will ich auf andere Weiſe darthun, d. h. mein Gewiſſen mit Beweis vertreten. Ich war nämlich, als ich jenen Vertrag abſchloß, ſo beſoffen, daß mir die hier unterſtellte freie Willenserklärung ganz fehlte. Behufs dieſer Beweisführung benenne ich nachfolgende Zeugen mit angeſchloſſenen Beweisartikeln zur Einvernahme.

Hiemit käme man zu der Anſicht: will B ſich hier bejahend einlaſſen, ſo hat er gleich bei der Vernehmlaſſung ſeine Beſoffenheit vorzuſchützen — wenn aber verneinend, auch erſt in der Beweisinſtanz.

Dieſe Sonderbarkeit kann gewiß nicht im Geſetze liegen; man wird deßhalb die Behauptung der Trunkenheit von einem andern Standpunkte aus auffaſſen müſſen, indem man ſagt:

> der Satz, daß das Verſprechen eines Kindes oder eines Berauſchten nicht als eine Einwilligung zu betrachten ſei
>
> vgl. Zachariä l. c.

iſt nur bezüglich des Kindes richtig; denn einmal iſt die Behauptung,

Friedreichs gerichtsärztliche Praxis I. S.

daß jeder Betrunkene — ohne Unterſchied der Grade — in dieſem Zuſtande zu keiner Handlung von criminal- oder civilrechtlicher Giltigkeit fähig iſt, durch eine in

Henke, Zeitſ. XXX. S. 248 fg.

am meiſten einleuchtende Abhandlung gründlich widerlegt und mit Mittermaier nur der Zuſtand der Beſoffenheit — nicht aber des Rauſches oder der Betrunkenheit *) — als die Zurechnung aufhebend zu betrachten; dann aber gibt es Einwilligungen, die als ſolche juridiſch exiſtiren, ſo lange ſie nicht in ihrer Wirkung als aufgehoben betrachtet werden, wie aus dem Worte „anfechten" in L.R.S. 1126. vgl. mit

Stabel, Vorträge S. 139

erhellt.

Wenn freilich die Beſoffenheit nach Stelzer ohne Widerſpruch in die Kathegorie des Blödſinns oder Wahnſinns gehörte, ſo verſtände ſich von ſelbſt, daß hier die über dieſe geltenden Regeln angewendet werden müßten, alſo der Vertrag — weil als juridiſch exiſtent angeſehen — arg. L.R.S. 503 mit der Nullitätseinrede angefochten werden müßte, ſo daß die Einrede der Beſoffenheit als eigentliche Einrede erſchiene, deßhalb Gegenſtand des indirecten Gegenbeweiſes würde; allein in dieſem Falle konnte dann ex anal. L.R.S. 493 nur durch Zeugen und Urkunden, nicht aber (vergleiche unten) durch Eid bewieſen werden, und nach 503 nur die Beſoffenheit, welche zur Zeit des Vertragsabſchluſſes ſchon kundbar vorhanden war, d. h. ihrer Offenkundigkeit wegen ſich zur allgemeinen Wahrnehmung eignete.

Könnte wohl dieſer Satz hinſichtlich der Beweislichkeit irgend von Folge ſein?

Nach Henke l. c. S. 252.

iſt zwar die Trunkenheit in ihrer Weſenheit bedeutend verſchieden vom Wahnſinne, indem ſie keine Krankheit, ſondern nur eine durch ein äußeres Reizmittel hervorgerufene momentane Aufregung oder Deprimirung der Gehirnthätigkeit iſt, in deren Folge das Bewußtſein mehr oder weniger getrübt oder gänzlich aufgehoben iſt, während der Wahnſinn eine Krankheit der Seele iſt, wobei keine Grade unterſchieden werden," weßhalb man ſagen könnte:

---

*) Mittermaier unterſcheidet (jedoch nur fürs Criminalrecht):

1) den niedrigſten Grad, Rauſch, in welchem das genoſſene Getränke nur ſchnelleren Blutumlauf befördert und damit die Nerventhätigkeit erhöht wird; dieſer Zuſtand ändert an der Klarheit des Bewußtſeins nichts. Der Berauſchte iſt nur heiterer und reizbarer als gewöhnlich, ſeine Seelenkräfte aber befinden ſich in normalem Gleichgewichte und der Verſtandesgebrauch iſt ungeſchwächt, an der Zurechnung daher auf keine Art etwas geändert.

Hier hätte dem Wortlaute nach Zachariä l. c. Unrecht.

2) Den zweiten Grad, Betrunkenheit. Hier wird bereits durch den ſtärkeren Andrang des Bluts und den dadurch bewirkten Nervenreiz auch das Gefühl zum Affecte geſteigert, die Phantaſie gewinnt die Oberhand, dieſe geſteigerte Reizbarkeit trübt die Klarheit des Bewußtſeins, das aber nicht aufgehoben iſt, ſomit auch nicht unzurechnungsfähig macht.

Hiernach wäre die Anſicht in

Hohnhorſt, N. F. l. 211

dem Wortlaute nach unrichtig.

3) Der Betrunkene im höchſten Grade der Beſoffenheit characteriſirt ſich dagegen durch eine ſolche Aufhebung oder Verwirrung des Bewußtſeins, daß er gar nicht mehr weiß, was er thut oder doch nicht das Bewußtſein der Folgen ſeiner Handlungen und ihre Beziehung auf das Geſetz hat. Hier fällt die Zurechnung weg.

D. C.

Digitized by Google

es paſſe die Analogie des Wahnſinns auf die Beſoffenheit nicht ganz, allein der Grund, warum beim Wahnſinnigen, Blödſinnigen und Raſenden der Vertrag angefochten werden kann, tritt auch bei der Beſoffenheit ein, es iſt der Mangel der freien Einwilligung, und deßhalb willkürlich, wenn man bezüglich jener Kranken ſagt: es liege in den Fällen des L.R.S. 1124 zwar eine freie Einwilligung vor, allein ſie ſei wegen beſonderen Verhältniſſen ungültig.

Deßhalb ſagt auch — weil die Beſoffenheit in ihren Aeußerungen wenigſtens etwas Analoges mit dem Wahnſinne hat, und gewiß nicht gelinder, als die Krankheiten des L.R.S. 489 zu behandeln ſein wird —

Aubry und Rau zu Zachariä II. S. 467:

quoique le consentement qui ne réunit pas les conditions ci-dessus indiquées, doive philosophiquement parlant, être considéré comme non avenu, il ne faut cependant pas en conclure que la convention à la quelle un pareil consentement a servi de base, soit toujours réputée inexistante par le droit positif. S'il en est incontestablement ainsi des conventions conclues avec un enfant il en est autrement des conventions passées soit avec un homme qui se trouvait en état de demence *ou d'irresse* soit avec une personne dont le consentement a été la suite d'une erreur; *la loi en ouvrant une action de nullite contre* ces dernières conventions *donne clairement à entendre qu'elle en reconnait l'existence juridique.*

Zu gleichem Reſultate gelangt man nach

Stabel, Vorträge S. 144

wenn man, wie dort beim Verrückten, hier die Beſoffenheit als einen poſitiv-rechtlichen, nicht wie beim Kinde als einen natürlichen, keine Nullität erzeugenden Mangel des Willens betrachtet, wonach alſo die Einrede der Beſoffenheit immerhin als eigentliche Einrede — nicht als Ableugnung des Klaggrunds — betrachtet werden müßte.

Allein ich glaube weiter gehen zu müſſen, indem ich ſage: bei jedem, der die Abſicht hat ſich zu verpflichten, wird die Möglichkeit vorausgeſetzt, eine Abſicht zu haben, indem jeder von Natur aus einen freien Willen hat. L.R.S. 1123. Verliert er nun durch irgend ein Ereigniß dieſe phyſiſche Möglichkeit der Willenserklärung, ſo kommt eine ſolche Unmöglichkeit nur inſofern zu ſtatten, als ſie durch reinen Zufall

Zachariä §. 308 vgl. mit L.R.S. 312 lex 61 D. 27. 7.

impune autem admittendum quod per furorem alicujus accidit: quomodo si casu aliquo *sine facto* personae accidisset.

nicht aber, als dieſer Zufall durch ſeine That oder Schuld (vgl. L.R.S. 1310) verurſacht worden iſt.

Nun aber wird Jedermann zugeben, daß die Beſoffenheit eine Begebenheit iſt, die herbeizuführen oder entfernt zu halten in des Menſchen Gewalt liegt — ſie iſt die beſtimmte mittelbare oder unmittelbare Folge unſeres Handelns — denn trinkt Jemand nicht, ſo wird er auch nicht beſoffen. Iſt aber nach L.R.S. 1170 hier Willkür vorhanden — factum personae gewöhnlich culpa — ſo iſt der in 1169 bezeichnete Begriff des Zufalls (sine facto) ausgeſchloſſen, und wird man eben deßhalb behaupten müſſen, daß die in dieſem Zuſtande vorgehende Handlung nicht als eine von einem willenloſen, ſondern einem mit Willkür begabten Weſen erzeugte Begebenheit erſcheint, ſo daß der Beſoffene als vertrags- und willensfähig betrachtet werden muß, indem ſeine Handlung nicht als Zufall, ſondern als Handlung im juridiſchen Sinne gilt, womit auch ſchon das die ebrietas nicht als casus ſondern als impetus behandelnde römiſche Recht übereinſtimmt.

l. 1. §. 4. de O. & A.
l. 11. §. 2. D. de poen.
l. 12. de custod. rer.

Erleidet nun der Beſoffene durch dieſen Zuſtand irgend wie Schaden, indem er einen nachtheiligen Vertrag abſchließt, ſo mag er in der Rechtsregel ſeinen Troſt finden: quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur sentire und

l. 15. si quis omissa.

nec id iniquum est cum ex suo quisque *vitio* hoc incommodo afficiatur.

Man wird zwar dieſe Anſicht für die Fälle der ſogenannten unverſchuldeten Beſoffenheit zu hart finden, nämlich wenn

a. B durch die Thätigkeit des A gegen ſeinen Willen beſoffen gemacht, und dieſer Zuſtand von A (oder mit deſſen Wiſſen von ſeinen Freunden) zur Abſchließung eines für B unvortheihaften Vertrags benützt wird; allein hier wird die durch B begangene culpa — daß er ſich betrunken machen läßt — durch den von A und Comp. geſpielten Betrug (vgl. L.R.S. 1148 a.) in den Hinter-

Digitized by Google

grund geſtellt, der nach 1109 den Vertrag der Nullitätseinrede ausſetzt.

β. Wenn B durch gefährliche Ingredienzien enthaltende Getränke beſoffen gemacht wird, deren berauſchende Kraft er nicht kannte.

Weiß hier A zur Zeit des Vertragsabſchluſſes von der Beſchaffenheit dieſer Getränke nichts — denn ſonſt tritt α. ein — dann hat B durch ſeine That ebenfalls die Beſoffenheit hervorgerufen, weil, wenn er nicht getrunken, er nicht beſoffen worden wäre und Jedermann wiſſen kann, daß in jedem Tranke gefährliche und berauſchende Ingredienzien enthalten ſein können. Er bleibt alſo dem A gegenüber verpflichtet.

Nur wird B hier berechtigt ſein, den ihm das Getränke Darreichenden nach 1382 vgl. mit 1643, 1645 zu belangen, indem dieſer verbunden iſt, das Getränke in dem Naturzuſtande unvermiſcht oder in dem durch Kunſt hervorgebrachten unverfälſcht nach den gewöhnlichen Begriffen zu geben (arg. L.R.S. 1643). Fügt er irgend etwas dieſen Zuſtand veränderndes bei, ſo begeht er etwas, worauf er bei der Darreichung aufmerkſam zu machen, andernfalls die dadurch entſtehenden Vorkommniſſe zu verantworten hat, L.R.S. 1382 c.

Mit dieſer Anſicht, wonach die Beſoffenheit unter keinen Umſtänden vertrags- beziehungsweiſe einwilligungsunfähig macht, ſtimmt überein

2) daß als Hinderungsgrund der freien Einwilligung nirgends im Landrechte, insbeſondere nicht in 1109—1116 die Beſoffenheit erwähnt iſt, vielmehr nur äußere von dem Menſchen unabhängige Zuſtände und Einflüſſe — Minderjährigkeit, Mundloſigkeit, weibliche Geburt, Irrthum, Betrug, Zwang — nicht aber durch eigene Schuld herbeigeführte innere Zuſtände; ſo daß man, indem L.R.S. 1110 a. durch den ſelbſtverſchuldeten Irrthum den Vertrag nicht entkräften läßt, annehmen muß, daß es jedes Selbſtverſchulden als Hinderungsgrund der freien Einwilligung ausſchließt, alſo gewiß auch die Beſoffenheit.

3) Daß das Landrecht den Beſoffenen nach 1124 zur Vertragsabſchließung nicht unfähig erklärt, nach 1123 aber jede Perſon Verträge ſchließen kann si elle n'en est pas déclarée incapable *par la loi;* daß es in 503 nur jene vor der Entmündigung eingegangenen Handlungen wieder zernichtet, welche vor ſich gingen, als die Urſache der Entmündigung ſchon kundbar vorhanden war — daß aber als ſolche Urſachen nur angegeben ſind der bleibende Zuſtand (état *habituel,*) von Gemüthsſchwäche, Wahnſinn oder Raſerei — daher arg. a. maj. ad minus geſchloſſen werden muß, daß die in einem vorübergehenden Zuſtand der Beſoffenheit (die keinen dieſer Zuſtände mit ſich führt) zu Stande gebrachten Handlungen nicht angefochten werden können, vielmehr giltig ſind, womit übereinſtimmt

Arg. aus Zachariä §. 140. Note 11.

Hienach wird die Einrede der Beſoffenheit, d. h. eines ſelbſtverſchuldeten Eintritts eines Gemüthszuſtandes nicht mehr vorgeſchützt werden.

Laſſen wir ſie indeß auf einen Augenblick im Sinne der

Annalen l. c.

zu, ſo frägt ſich: kann dieſer Zuſtand durch Zeugen oder Haupteid in rechtliche Gewißheit geſetzt werden?

Was nun den erſten Fall anbelangt, ſo könnte man im Falle des L.R.S. 1341 die Zuläſſigkeit des Vermuthungsbeweiſes durch Zeugen bezweifeln, weil die Beſoffenheit — wenn zum directen Gegenbeweiſe auszuſetzen — als Mangel einer zum Thatbeſtande eines Geſchäftes weſentlichen Thatſache erſchiene. Kann aber das Daſein eines Geſchäfts über 75 fl. nicht durch Zeugen erwieſen werden, dann müßte auch Gleiches gelten beim Beweiſe des Nichtdaſeins eines Geſchäfts.

Laſſen wir aber auch dieſen Beweis ohne Rückſicht auf die Summe zu, ſo wird, hält man ſich an der Zeugen wörtliche Ausſagen, der eine Zeuge den Gegenbeweisführer für „berauſcht" erklären, während ihn der andere für „betrunken oder beſoffen." Dieſe Ausſagen würden aber ein auf Thatſachen geſtütztes Urtheil enthalten, daher nichts beweiſen

Hohnhorſt IV. 157.

Hält man an der Beurtheilung der von den Zeugen angeführten Thatſachen, welche auf den Ausſpruch fraglichen Zuſtands abzielen ſollen, ſo müßte jede derſelben nach L.R.S. 1359 vollkommen bewieſen ſein und würde alsdann der nur in feinere höhere Zirkel eingeführte, mit dem Volks- und Landleben nicht vertraute Richter die bezeugten Handlungen, Gebärden ꝛc. für die eines Beſoffenen erklären, welche von dem im umgekehrten Verhältniſſe herangebildeten Richter für die eines Berauſchten, höchſtens aber Betrunkenen gehalten würden. In gleichem Verhältniſſe und Maaße würden die nach §. 540 Proceßordnung aufgeforderten Sachverſtändigen das durch die Zeugen Wahrgenommene begutachten.

Welch ein — nie zu begünſtigender und aufrecht zu erhaltender — Willführszuſtand? *)

Man wird entgegnen, dieſem Zuſtande wird, wenn nicht L.R.S. 1367 Nr. 2 vorliegt, abgeholfen durch den Notheid. Allein das purgatorium wird hier nicht Platz greifen, weil zur Führung des Gegenbeweiſes die Eideszuſchiebung, die hier die Formel des Haupteides enthielte, nicht zuläſſig iſt. Durch Ausſchwur dieſes Eides in dieſer Formel „es iſt nicht wahr, daß B ſo betrunken war, daß er nicht wußte ꝛc." würde aber ein Urtheil gefällt; was dem Schwörenden nicht erlaubt iſt, zumal die Beſoffenheit des B nicht eine dem A eigene Handlung iſt.

Auch das suppletorium findet nicht ſtatt. B müßte ſchwören: „es iſt wahr, daß ich beſoffen d. h. meine Verſtandeskraft ſo geſtört und meine freie Willensbeſtimmung ſo gehemmt war, daß ich gar nicht wußte, daß ich jenen Vertrag

*) Nothwendig müßte zur richtigen Auffaſſung dieſes Zuſtandes der Richter beziehungsweiſe Sachverſtändige wiſſen: wie das geiſtige Getränke auf den Gegenbeweisführer überhaupt wirkt; wo es getrunken wurde, ob er viel oder wenig ertragen kann, welches Benehmen es hervorruft; welchen Temperaments er iſt, welche Gemüthsſtimmung und geiſtige oder leibliche Anſtrengung er vor dem Trunke hatte ꝛc.

Wie iſt dieſes zu erweiſen möglich?

D. E.

Digitized by Google

abſchloß.“ Kann er nun über ſeinen inneren Gemüthszuſtand den Wahrheitseid leiſten? iſt dieſes eine eigene Handlung?

Gewiß nicht — weil der Schwörende auch hier durch ſeinen Eid ein Urtheil fällen würde, dieſes ihm aber nicht erlaubt iſt, da er nur Thatſachen, nicht aber Urtheile über Thatſachen zu beſchwören hat, und die Beſoffenheit — zum Gegenbeweiſe ausgeſetzt — nur als Zufall in Betracht kommt, demnach nach 1170 auch nicht als eine eigene Handlung gelten kann.

Man könnte nun ſagen, ſo muß man wenigſtens mit

Annalen VIII. S. 187.

den Haupteid hier zulaſſen, und zwar die Abweiſung der Klage abhängig machen vom Ausſchwur des Eides „B wiſſe nicht, daß er den fraglichen Vertrag abgeſchloſſen hat.“

Allein dieſer Nichtwiſſenheitseid kann kein Haupteid im Sinne des §. 574 der Proceßordnung ſein, ſondern enthält aufgelöſt nichts anders als den Wahrheitsnotheid (supplet.)

„es iſt wahr, daß ich damals ſo betrunken war, daß ich nicht wußte, daß ich jenen Vertrag abſchloß“

und es frägt ſich nur: konnte er vom Richter in dieſer Weiſe auferlegt werden?

Nein — vielmehr hätte zuerſt, (wenn man auch das zum supplet. ſo eben Geſagte unberückſichtigt läßt,) weil B den Kauf in Abrede ſtellte, ihm der Nichtwahrheitseid über dieſen Abſchluß auferlegt werden müſſen, und nur wenn das Beſoffengeweſenſein wahrſcheinlich gemacht geweſen wäre, hätte jener Notheid auferlegt werden dürfen. So wird nun aber ohne jegliche Wahrſcheinlichmachung einer Beſoffenheit von vornherein von einer Parthie ein Notheid zugeſchoben, was gewiß unſtatthaft iſt, ohngeachtet B ſich ſelbſt zum Ableiſten dieſes (irrthümlich ſ. g.) Nichtwiſſenheitshaupteides erboten hat, weil gemeinrechtlich, was durch Proceßordnung nicht aufgehoben iſt, ein ſolches Erbieten nicht gilt

Martin, Civ. proc. §. 225. Note a.

ein Erbieten zu einem Notheide aber höchſtens bei einigem Beweiſe, der überall nicht erbracht iſt.

Ueberdieß war die Eidesformel unerheblich, weil durch dieſen Eid ein Beweis geliefert worden iſt, der gar nie gefordert werden konnte, da ja nur Thatſachen, nicht aber Begriffe und Vernunftſchlüſſe, aus denen das Daſein der Beſoffenheit hätte beurtheilt werden müſſen, Gegenſtand des Beweiſes ſein können; erheblich aber nur das iſt, was einem richtigen Beweisſatze entſpricht.

Man wird nun einwenden: A hat aber vom Ausſchwur dieſes Eides die Exiſtenz der Verbindlichkeit des B. abhängig gemacht, ſomit einen Vergleich geſchloſſen. In jedem Vergleiche muß aber die eine und die andere Parthie etwas geben, thun oder aufgeben.

Schiebt nun A den Eid in dieſer von B angebotenen Formel zu, im Bewußtſein, daß B nur unter dem Vorgeben damals betrunken geweſen zu ſein ſchwört, ſo will er eben durch dieſen Schwur dieſes als wahr annehmen und auf den Beweis verzichten, daß B nüchtern geweſen; er ſagt: wenn du bezüglich deines Seelenzuſtands den Nichtwiſſenheitseid ſchwörſt, ſo will ich auf mein Beweismittel bezüglich des wirklichen Kaufabſchluſſes verzichten und eben durch dieſe Zuſchiebung auf die Einrede der Irrelevanz dieſes Nichtwiſſenheitseids, allein der Richter darf, weil es keinen Conventionalproceß gibt, hinſichtlich der proceßleitenden Verfügungen ſich nicht von den Anträgen der ſtreitenden Theile abhängig machen laſſen; er darf daher keine unſtatthaften (oder unerheblichen) Eide zur Annahme zulaſſen, weil die Parthieen nur über ſolche Gegenſtände ſich vergleichen dürfen, die Gegenſtand eines Vertrags ſein können, demnach nicht über Eide, deren Leiſtung unſtatthaft iſt.

War nun jener Eid unſtatthaft, ſo konnte von dem Thatbeſtande eines Meineids nicht die Rede ſein, zumal ja gar keine Vorausſetzung exiſtirte, unter welcher dieſer Eid hätte eine Verbindlichkeit begründen können

Feuerbach, Lehrb. §. 419, 420 verglichen mit §. 492 badiſchen Strafgeſetzes.

indem das Nichtwiſſen ſowenig als das Nichtglauben als Entſtehungs- oder Befreiungstitel von Rechten und Verbindlichkeiten angeſehen werden kann und der Richter beim Nichtableiſten dieſes Eides nicht hätte ſagen dürfen: eben weil B nicht geſchworen, gilt der Kauf als abgeſchloſſen, vielmehr über dieſen Abſchluß noch hätte Beweis auflegen müſſen.

Hienach wird die Beſoffenheit durch Zeugen oder Eid ſchwerlich in rechtliche Gewißheit geſetzt werden. *)

Zwar meint der oberhofgerichtliche Referent in

N. F. I. S. 210:

„im Falle einigen Beweiſes ſei der Zuſtand der Beſoffenheit ein zweifelhafter und müſſe die Regel Anwendung finden: melior est conditio ejus qui certat de damno ꝛc.

allein ihr tritt, abgeſehen davon, daß ſie nur bei Zweifelhaftigkeit über Auslegung von Verträgen, nicht aber bei der über den Willenszuſtand des Abſchließenden gilt, der obige Satz entgegen: quod quis ex culpa sua ꝛc.

Huldigte man dieſer Anſicht, daß die Beſoffenheit einwilligungsunfähig macht, ſo käme man zu dem Curiosum, daß der Bürger des Civilrechts, wo es ſich lediglich um Vermögensverhältniſſe handelt, beſſer daran wäre, als der vom Criminalrechte heimgeſuchte, wo jedes im Zuſtande der Beſoffenheit — mit Ausnahme der unverſchuldeten verübte Vergehen beſtraft wird (?) wir alſo den hier handelnden Beſoffenen als zurechnungsfähig, während dort als willenlos betrachten ſehen, was gewiß ein conſequentes Geſetzbuch nicht ausſprechen darf, daher unſere Anſicht ſtichhaltiger iſt.

Emil Bardo,
Rechtspraktikant.

---

*) Liegt aber in dem Beweiſe eines ſelbſtverſchuldeten Zufalls nicht ein Widerſpruch? ſo wie im Geſetze, wenn es ſagte: du haſt den durch dein Verſchulden zugehenden Schaden zu tragen, doch: darfſt du dieſes eigene Verſchulden vorſchützen und ſoll dann, wenn du dadurch eine nachtheilige Verbindlichkeit eingegangen — dieſe erlöſchen? widerſpräche dieſes nicht dem Begriffe einer Einrede? D. E.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro. 40. Karlsruhe den 3. October 1846.

I.

Die verwerfenden Dekrete des gemeinen deutſchen und des badiſchen Proceßrechtes.

§. 1.

Einleitung. Römiſches Recht, officium judicis.

Wer wegen Verletzung eines Civilrechtes Klage erhebt, der will den Beklagten verurtheilt wiſſen, daß er etwas thue (gebe, leiſte) oder unterlaſſe, und dieſem Verlangen kann der Richter nur entſprechen, wenn er bejaht, daß der thatſächliche Grund der Klage erheblich und erwieſen, auch daß, wo eine Einrede vorgebracht wird, deren thatſächlicher Grund unerheblich oder mindeſtens unerwieſen ſei; oder, wo der Grund der Klage und der Grund der Einrede gleich erheblich und erwieſen erachtet werden, daß der thatſächliche Grund einer Replik erheblich und erwieſen ſei u. ſ. w. Eben ſo verhält es ſich, wenn der Richter jene Fragen zum Nachtheile des Klägers verneint und dieſer gegen ſeine Abweiſung, oder umgekehrt, wenn der Beklagte gegen ſeine Verurtheilung ein Rechtsmittel, die Appellation, ergreift. Immer dreht ſich die Entſcheidung um die Beantwortung der Fragen, ob die Angriffs- und Vertheidigungsmittel des Klägers oder des Appellanten begründet und bewieſen, die des Gegners aber unbegründet oder doch unbewieſen ſeien, und das Urtheil ſelbſt, zu welchem der Richter auf dieſem Wege gelangt, iſt ein Endurtheil.

Bevor es aber zur Verurtheilung oder Freiſprechung des Beklagten, Letzteres durch Abweiſung des Klägers, kommen kann, müſſen von Seiten des Klägers und beziehungsweiſe des Appellanten gewiſſe Vorbedingungen erfüllt, die Klage muß am gehörigen Orte, zur rechten Zeit und in gehöriger Weiſe angebracht ſein, das durch ein Rechtsmittel angefochtene Urtheil muß über einen Streitgegenſtand erkennen, welcher die Appellationsſumme erreicht, und das Rechtsmittel innerhalb einer beſtimmten Zeit gebraucht ſein. Neben den vorhin erwähnten beiden Fragen erhebt ſich ſomit eine dritte nach der Zuläſſigkeit oder Statthaftigkeit; den Endurtheilen gegenüber ſtehen die Erkenntniſſe, wodurch eine Klage oder ein Rechtsmittel als unzuläſſig oder unſtatthaft verworfen wird. Und dieſe weitere Frage ſteht den andern voran; zuerſt muß geprüft werden, ob eine Klage oder ein Rechtsmittel zuläſſig ſei, nachher, ob die zu Grunde gelegten Thatſachen erheblich, zuletzt, ob dieſelben erwieſen ſeien. Wird die erſte Frage verneint, ſo iſt es überflüſſig, auf die zweite und dritte einzugehen, wird ſie bejaht, aber die zweite verneint, ſo bedarf es keiner Prüfung der dritten; ein Beweis iſt nur erforderlich, wo die Fragen nach der Zuläſſigkeit und Erheblichkeit bejaht werden. 1)

Wird eine Klage oder ein Rechtsmittel als unſtatthaft verworfen, ehe der Beklagte oder Appellat ſeine Vernehmlaſſung abgegeben hat, ſo heißt das Erkenntniß ein abſchlägiges Dekret oder eine verwerfende Verfügung (decretum rejectorium) und bei einer Klage insbeſondere eine Ladungsverſagung; erfolgt jener Ausſpruch nachher, ſo iſt es absolutio ab instantia. Das Weſen eines Endurtheiles beſteht ſomit nicht darin, daß es ergeht nach abgegebener Vernehmlaſſung auf die Klage oder Appellationsbeſchwerde, ſondern darin, daß es unter Bejahung der

1) Sehr verbreitet iſt, leider! die Praxis, die Klagen ohne Weiteres zuzulaſſen und Verhandlungen zu pflegen, ſodann alle vorgeſchlagenen Beweiſe zu erheben, um am Ende die Ueberzeugung zu gewinnen, daß die Klage beim erſten Blicke hätte verworfen oder doch eine Frage hätte geſtellt werden ſollen, oder daß die weitläufigſten Beweismittel unerheblich ſind.

Digitized by Google

Frage nach der Zuläſſigkeit über die Begründung und den Beweis der Angriffs- und Vertheidigungsmittel ſich ausſpricht, während die Verwerfung einer Klage oder eines Rechtsmittels nur die erſte Frage verneint, gleichviel, ob der Beklagte oder Appellat ſich hat vernehmen laſſen oder nicht. Die Umſtände aber, welche eine Klage oder auch ein Rechtsmittel als unzuläſſig darſtellen, können vom Beklagten und Appellaten als Grund von Einreden benützt werden, auch jene, welche der Richter ſelbſt zu beachten hat; dieß ſind verzögerliche Einreden, weil ſie die Erlaſſung eines Endurtheiles hinausſchieben.

Ausnahmsweiſe wird auch die Verneinung der Frage, ob eine Klage oder eine Appellationsbeſchwerde begründet ſei, als abſchlägiges Dekret oder Verwerfung behandelt; Erſteres, wenn der Richter, ohne den Beklagten zu vernehmen, eine Klage als in Rechten nicht gegründet erkennt, Letzteres, wenn nach gemeinem deutſchen Proceßrechte die Appellationsproceſſe durch konfirmatoriſchen Relevanzbeſcheid darum abgeſchlagen werden, weil die Beſchwerden als offenbar unbegründet ſich darſtellen. Gegenüber ſtehen, wieder als Ausnahmen, die proceßhindernden zerſtörlichen Einreden, welche gewiſſermaßen die Natur der verzögerlichen annehmen. Indeſſen iſt wohl zu beachten, daß das Erkenntniß in beiderlei Ausnahmsfällen der That nach ein Endurtheil iſt und daß nur das Verfahren Aehnlichkeit mit abſchlägigen Dekreten darbietet.

Nach dieſen Grundzügen ſollen im Folgenden die abſchlägigen Dekrete dargeſtellt werden, am ausführlichſten die Ladungsverſagung auf die Klage; denn dieſe iſt nicht bloß hier die Grundlage, ſondern auch für die verzögerlichen Einreden, welche, wie bereits angedeutet wurde, mit den abſchlägigen Dekreten im innigſten Zuſammenhange ſtehen. Eine klare Einſicht dürfte aber unmöglich ſein ohne einen Rückblick in die Geſchichte des gemeinen deutſchen Proceſſes.

In dem römiſchen Rechte muß hiebei verwieſen werden, auf die frühere Trennung des Verfahrens in jus, die Vorverhandlung vor dem Richtermagiſtrate (praetor, proconsul u. ſ. w.), und in judicium, die Hauptverhandlung vor einem Specialrichter, wenn nicht die Sache ausnahmsweiſe zur extraordinaria cognitio ſich eignete. In jene Vorverhandlung gehörte namentlich die Erörterung der Frage, ob eine Klage zuläſſig und begründet, in die Hauptverhandlung die Erörterung der Frage, ob der thatſächliche Grund der Klage bewieſen ſei. Damit aber Verhandlungen ſowohl in jure als in judicio wirklich Statt hatten, mußten beide Parteien erſcheinen und ihre Erklärungen abgeben, und um es dahin zu bringen, bedurfte es verſchiedener Maßnahmen, welche einen Theil des officium praetoris u. ſ. w. ausmachten, ſo weit dieſelben in jure erforderlich waren, im Uebrigen einen Theil des officium judicis, mit welchem nach Aufhebung des alten ordo judiciorum das officium des Richtermagiſtrates verſchmolzen wurde.

Stand nämlich dem erſten Anrufen des Klägers nichts entgegen, ſo wurde der Beklagte zum Erſcheinen vor Gericht vermocht durch in jus vocatio. Wer einer ſolchen Ladung, ſelbſt einer unzuläſſigen, nicht Folge leiſtete, der wurde vom Richtermagiſtrate vermöge ſeines imperium mit einer mulcta belegt [2]), wie derjenige, welcher Einen unbefugt vor Gericht geladen hatte. [3]) Es trat in den früheren Zeiten kein eigentliches Ungehorſamsverfahren ein, wenn die Ladung den Beklagten erreichte.

Perſonen, welchen die Gerichtsfähigkeit oder die rechtliche Eigenſchaft mangelte, vor Gericht zu handeln (justa s. legitima persona, jus s. persona standi in judicio), ließ der Richtermagiſtrat nicht zu, was ſchon beim erſten Auftreten des Klägers gegen dieſen erörtert werden mußte. Die Unfähigkeit aber, als Kläger oder als Beklagter vor Gericht aufzutreten (postulare), traf einige Perſonen in dem Maße, daß ſie gar nicht handeln durften, andere ſo, daß ihnen dieß nur unter Mitwirkung dritter Perſonen erlaubt war. Den Letztern wurde dann aufgegeben, dieſe Dritte beizuziehen, den Erſtern wurde ein Rechtsbeiſtand beſtellt. [4])

Eben ſo hatte der Richtermagiſtrat, wenigſtens in ſpäterer Zeit, darüber zu wachen, daß weder von der einen noch von der andern Seite eine Perſon als Vertreter erſchien, welche entweder im Allgemeinen zur Vertretung fremder Angelegenheiten (pro aliis postulare) oder doch zur Vertretung der beſtimmten Sache unfähig war (ſogenannte legitimatio ad praxin), und zugleich in Richtigkeit zu ſetzen, aus welchem Rechtsverhältniſſe im vorliegenden

2) l. 2. D. si quis in jus voc. non ierit (2. 5.).
3) l. 2—5. 10. §. 12. l. 24. 25. D. de in jus voc. (2. 4.)
4) l. 1. §. 3. 4. D. de postul: (3. 1.) l. 1. 2. C. qui legit. person. (3. 6.).

Digitized by Google

Falle der Vertreter ſeine Zulaſſung ableitete (ſogenannte legitimatio ad processum).

Zur Erleichterung des Verkehres mit abweſenden Parteien durfte der Richtermagiſtrat die Aufſtellung eines am Gerichtsorte wohnenden Bevollmächtigten (ſogenannte mandatarius ad insinuandum) ihnen anſinnen. [5])

Klagen unter Miterben und Geſellſchaftern auf Theilung, Klagen mehrerer Streitgenoſſen oder gegen mehrere Streitgenoſſen, mutuae petitiones und andere zuſammenhängende Anſprüche hatte der Richtermagiſtrat an den nämlichen Specialrichter zu verweiſen, damit nicht verſchiedene Urtheile zu beſorgen waren. [6])

Sowohl der Richtermagiſtrat, als der Specialrichter waren befugt, zur Erläuterung und Ergänzung der Parteivorträge Fragen an die Parteien zu ſtellen. [7])

In ihren eigenen Angelegenheiten und in denen ihrer Angehörigen konnten weder der Richtermagiſtrat noch der Specialrichter verhandeln und entſcheiden; auch durften gewiſſe Perſonen nicht als judices beſtellt werden. [8])

Daß zur Beurkundung einzelner Verhandlungen noch eine weitere Perſon vom Richtermagiſtrate und vom Specialrichter beizuziehen war, läßt ſich aus dem Umſtande ſchließen, daß dafür eigene Unterbeamte angeſtellt waren.

Den Fortgang des Rechtsſtreites in judicio ſicherte der Richtermagiſtrat durch Kautionen, welche von beiden Seiten in jure geleiſtet wurden; erſt in judicio konnte das Ungehorſamsverfahren Statt haben, was jedoch in ſpäterer Zeit geändert wurde. [9])

In der Hauptſache mußte in jure geprüft werden, ob die Klage zuläſſig und begründet ſei, ehe das judicium angeordnet wurde. [10])

§. 2.

Vorverhandlung in jure.

Fand der Richtermagiſtrat eine Klage unzuläſſig oder unbegründet, ſo entzog er ihr in einer gewöhnlichen interlocutio, deren Grund mündlich eröffnet werden mochte, die Wirkſamkeit (actionem denegabat), ein Ausſpruch in jure, welcher in ſeinen rechtlichen Folgen von dem Erkenntniſſe in judicio weſentlich verſchieden war. Denn war eine Sache über das jus hinaus in das judicium gediehen, ſo mußte bei dem judex eine condemnatio oder absolutio des Beklagten erfolgen, weil die vom Richtermagiſtrate ertheilte formula nur auf die eine oder die andere Entſcheidung lautete, und der Kläger konnte die bis zur litiscontestatio verfolgte actio nicht wieder anſtellen. Die litiscontestatio, als Grundlage der Hauptverhandlung in judicio wirkte auf das urſprüngliche Rechtsverhältniß in der Art zurück, daß mit demſelben eine wahre novatio vor ſich ging, daß die daraus entſpringende actio vollſtändig zerſtört (conſumirt) wurde. Gelangte dagegen eine Sache nicht weiter, als zur Vorverhandlung in jure, ſo durfte dieſelbe actio abermals angeſtellt werden, der Richtermagiſtrat ſelbſt war nicht gehindert, von ſeinem erſten Ausſpruche wieder abzugehen. Quod jussit vetuitve praetor, contrario imperio tollere et repetere licet; de sententiis contra. [11]) Der Kläger, deſſen Klage alsbald in jure verworfen wurde, war ſomit in einer günſtigeren Lage, als wenn in judicio eine Entſcheidung gegen ihn erging, welche nur in der absolutio des Beklagten beſtehen konnte.

Der Inhalt des Ausſpruches, welchen der Richtermagiſtrat in jure that, ging urſprünglich nicht weiter, als daß die Klage im Ganzen unzuläſſig oder unbegründet ſei; erſt in der Folge hat man, abweichend von dieſem Grundſatze, die Befugniß des Richtermagiſtrats in doppelter Richtung erweitert. Auf der einen Seite wurde nämlich auch die theilweiſe Verwerfung der Klage geſtattet, auf der andern Seite durfte bereits in jure zur Sprache gebracht werden, ob die Klage nicht zerſtört ſei, falls der Kläger einen thatſächlichen Grund der Erlöſchung oder den Grund einer exceptio zugeſtand oder der Beklagte auf der Stelle den Beweis erbrachte. Demnach konnten die Verhandlungen in jure von großer Wichtigkeit und von bedeutendem Umfange ſein.

Nach den Quellen des römiſchen Rechts wird die Klage verworfen (actio denegatur):

1) wegen Unzuläſſigkeit, wenn dieſelbe

5) arg. l. 6. C. unde vi (8. 4.) Glück, Commentar B. V. §. 397.

6) l. 11. D. de jurisdict. (2. 1.) l. 31. D. de judic. (5. 1.) l. 1. 2. D. de quib. reb. ad eund. jud. (11. 2.) l. 8. §. 1. 2. D. de lib. causa (40. 12.) l. 10. C. de jud. (3. 1.).

7) Tit. D. de interrogat. in jure (11. 1.) insbeſondere l. 21. D. h. t.

8) l. 10. D. de jurisdict. (2. 1.) l. 12. §. 2. l. 17 46. D. de jud. (5. 1.) l. un. C. ne quis in sua causa (3. 5.)

9) l. 8. C. quomodo et quando judex (7. 43.)

10) l. 21. D. de R. C. (12. 1.) l. 102. D. de R. J. 50. 17.)

11) l. 14. D. de re jud. (42. 1.)

Digitized by Google

a. nicht bei dem gehörigen Richter [12]) oder
b. vor dem Eintritte des gehörigen Zeitpunktes [13]) erhoben iſt, oder wenn
c. der Kläger vorerſt von ſeiner Seite eine Verbindlichkeit zu erfüllen, insbeſondere dem Beklagten Sicherheit zu leiſten hat. [14])

Ueberhaupt iſt wohl der Kläger auf dieſe Weiſe gezwungen worden, übertriebene Anſprüche auf das rechte Maß herabzuſetzen, vorausgeſetzt, daß ſchon in jure die Ueberforderung dargethan war; und dazu führten nicht nur Entſtellungen des Sachverhältniſſes zum Nachtheile des Beklagten, welche in die formula aufgenommen eine pluspetitio (tempore, re, loco, causa) in judicio würden hergeſtellt haben, ſondern auch exceptiones dilatoriae, wenn der Kläger ſich nicht bewogen fand, ſeine Klage zurückzuziehen.

2) Als ungegründet wird die Klage verworfen, wenn
a. der Kläger es nicht iſt, welchem die erhobene Klage zuſteht [15]), oder
b. der Beklagte es nicht iſt, gegen welchen ſie ihm zuſteht, oder
c. der Kläger nicht die rechte Klage angeſtellt hat, [16]) oder endlich
d. wenn aus einem Thatverhältniſſe ein Klagrecht überhaupt nicht abgeleitet werden kann. [17])

Dem gleich wird es geachtet, wenn von Beklagten
e. der Klage ein ipso jure aufhebender Erlöſchungsgrund der angeſprochenen Verbindlichkeit, wie solutio und oblatio, [18]) oder eine exceptio peremptoria entgegengeſetzt und das dafür angeführte Thatverhältniß vom Kläger zugeſtanden oder alsbald gegen ihn erwieſen worden iſt, wie die exceptio juris jurandi, rei judicatae, creditorum fraudatorum S'cti Macedoniani [19]) Insbeſondere war hier eine bedeutende Rolle zugetheilt der temporis praescriptio, woraus allmählig die Klagenverjährung ſich entwickelte, der Vertheidigung des Beklagten, daß die Klage nicht innerhalb der durch das prätoriſche oder ädilitiſche Edikt oder durch das Civilrecht geſetzten Friſt angeſtellt und ſo durch Ablauf der Zeit erloſchen ſei. [20]) Denn bei dieſen kurzen Verjährungen waren die Thatſachen noch in friſchem Andenken und darum konnte leicht ein Geſtändniß des Klägers erlangt oder ſofort Beweis gegen ihn erbracht werden. Wir entdecken in dieſer Richtung der Vorverhandlung in jure den Urſprung der proceßhindernden zerſtörlichen Einreden des heutigen Proceßrechtes.

Den Gegenſatz zur exceptio peremtoria s. perpetua bildete die exceptio dilatoria, darum ſo genannt, weil ihr der Kläger ausweichen konnte, wenn er, ohne es zur litiscontestatio kommen zu laſſen, ſeine Klage in jure zurückzog. Von dieſer Art waren die exceptio pacti de non petendo temporalis, daß dem zur Sprache gebrachten Rechtsverhältniſſe nach ſeiner Entſtehung ein Verfalltag oder eine Bedingung beigefügt worden und bis zur Klagerhebung nicht eingetreten ſei [21]) — die heutige exceptio pluspetitionis tempore, exceptio diei s. conditionis adjectae sed nondum purificatae s. existentis — und die exceptiones procuratoriae, daß der für den Kläger handelnde Vertreter nicht gerichtsfähig oder doch von dem Rechte der Vertretung ausgeſchloſſen ſei, daß er keinen Auftrag erhalten oder daß er vorerſt Sicherheit zuſtellen habe. [22]) Hierüber bemerkte aber ſchon Ulpian, daß es Spitzfindigkeit ſei, dem Beklagten das Vorbringen der exceptiones procuratoriae zuzumuthen, und ſpäter wurde es für Pflicht des Richters erklärt, die Legitimation des klägeriſchen

---

12) l. 3. D. de legation. (30, 7.)

13) l. 69. D. de acquir. et ommitt. hered. (29. 2.) l. 18. D. de exception. (44. 1.)

14) l. 13. pr. D. de usufr. et quemadm. (7. 1.) l. 1. §. 10. 13. D. de collation. (37. 6.) l. 7. pr. D. de O. N. N. (39. 1.) l. 2. C de collation. (6. 20.)

15) l. 99, D. de acquir. et omitt. hered. (29. 2.)

16) Wem eine andere Civil- oder Honorarklage zukam, der durfte nicht die actio quod metus causa, die actio doli, die actio ex lege Aquilia, die actio de peculio anſtellen. l. 14. §. 2. D. quod metus causa (4. 2.) l. 1. §. 1. l. 7. §. 10. l. 9. §. 5. D. de dolo malo (4. 3.) l. 28. §. 1. D. ad leg. Aquil. (9. 2.) l. 30. §. 6. D. de peculio (15. 1.)

17) l. 26. 27 pr. D. de V. O. (45. 1.)

18) l. 21. D. de R. C. (12. 1.) l. 30. 88. D. de solut. et liberat. (46. 3.)

19) l. 9. §. 5. D. de jure jur (12. 2.) l. 7. §. 6. D. de Scto Maced. (14. 6.) Cicero pro Flacco. c. 21.

20) pr. J. de perpet. et. temp. act. (4. 12.)

21) §. 10. J. de except. (4. 13.) l. 2. §. 4. l. 3 D. eod. (44 1.)

22) §. 11. J. de except. (4. 13.) l. 40 §. 3, l. 57. §. 1. l. 62. D. de procurator, (3. 3.) l. 19. §. 2. D. de probat. (22. 3). l. 1. §. 9. D. ut legator. servand. (36. 3.)

procurator zu unterſuchen [23]), was dann wegen der Gleichheit der Rechte beider Parteien wohl auch auf den procurator des Beklagten angewendet wurde.

Zeigte ſich kein Grund, in jure die Klage zu verwerfen, ſo mußte der Beklagte der Hauptverhandlung vor dem Specialrichter ſich unterwerfen (judicium accipere), und der Richtermagiſtrat traf die nöthigen Vorbereitungen durch Vermittlung der Sicherheitsleiſtungen von beiden Seiten für den Fortgang des Rechtsſtreites und durch Aufſtellung der formula nach Maßgabe der wechſelſeitigen Anträge der Parteien, um einerſeits die unter denſelben ſtreitigen Thatſachen feſtzuſtellen und anderſeits den zur Anwendung kommenden Rechtsſatz zu bezeichnen. Immerhin lief die Weiſung auf ein Endurtheil hinaus und von dieſer Regel wurden zum Vortheile des Beklagten die erſten Ausnahmen damit gemacht, daß praescriptiones und exceptiones in die formula aufgenommen wurden, deren Beweis die condemnatio ausſchloß, jene als einleitende Zuſätze, welche den Spezialrichter auf die erſt zu erörternde Frage hinwieſen, dieſe als Beſchränkungen der Befugniß zu verurtheilen. Zu Gunſten des Klägers wurden nachher gleichfalls praescriptiones eingeführt, welche endlich zu dem Satze führten, daß das Ergebniß der Hauptverhandlung in judicio nicht nothwendig ein Endurtheil ſein müſſe.

§. 3.

Hauptverhandlung in judicio.

Gelang es dem Kläger, vor dem Specialrichter die in der formula aufgeführten Thatſachen zu erweiſen, ſo erfolgte eine condemnatio, im entgegengeſetzten Falle eine absolutio des Beklagten [24]). Einen dritten Ausſpruch, welcher weder condemnatio noch absolutio war, durfte der Specialrichter nicht geben, ohne eine Nichtigkeit zu begehen, [25]) weil der ihm ertheilte Auftrag bloß jene Alternative enthielt, und nur enthalten konnte ſo lange in Folge der litiscontestatio das ganze Rechtsverhältniß conſumirt wurde. Die ſtrenge Durchführung der Proceßconſumtion führte jedoch bald zu Härten, welche die allmählige Milderung der Grundſätze nothwendig machten und endlich die völlige Aufhebung des Inſtituts zur Folge hatten.

Der Satz, daß der Beklagte zu verurtheilen ſei, wenn der Kläger den thatſächlichen Grund ſeiner Klage bewieſen habe, wurde nämlich gebrochen durch Zulaſſung der exceptiones und der temporis praescriptio, indem hier der Beklagte ausnahmsweiſe nicht verurtheilt (ſondern freigeſprochen) wurde, wenn der thatſächliche Grund der exceptio (oder praescriptio) dargethan war. Ob dieß aber eine exceptio dilatoria oder peremtoria war, das machte lange Zeit keinen Unterſchied, der Beklagte wurde auf den Grund der einen und der andern freigeſprochen. Nicht in gleichem Maße, wie die condemnatio, wurde die absolutio erſchwert, der Kläger wurde bis in ſpätere Zeiten ungünſtiger angeſehen. Er verlor den Proceß nicht nur, wie eben erwähnt, in Folge einer exceptio dilatoria, wenn er es, ohne in jure ſeine Klage zurückzunehmen, zur Aufnahme in die formula und zum judicium hatte kommen laſſen, ſondern auch durch jede pluspetitio (re, tempore, loco, causa), wenn in judicio ſich herausſtellte, daß er einen größern Betrag oder einen größern Theil, als ihm gebührte, angeſprochen hatte, daß er ſeine Forderung geltend machte vor dem Eintritte des bei Entſtehung des Rechtsverhältniſſes verabredeten Zahlungstages oder vor dem Eintritte der beigefügten Bedingung, daß er die Zahlung nicht am gehörigen Orte geleiſtet wiſſen wollte, daß er ein genus ſtatt einer species oder umgekehrt eine species ſtatt eines genus forderte oder endlich dem Beklagten ein Wahlrecht entzog. Der Kläger verlor den Proceß, weil ein Rechtsverhältniß nur in ſeinem ganzen Umfange in judicium deducirt werden konnte, wenn ſich zeigte, daß ſeine angeſtellte Klage nur theilweiſe begründet ſei. Erzeugte ein Rechtsverhältniß eine Mehrheit einzelner Forderungen und Verpflichtungen, hatte es verſchiedenartige Leiſtungen zu ſeinem Inhalte und Gegenſtande, nach ihrem letzten Grunde und ihrem allgemeinen Charakter in der gemeinſamen Hauptobligation vereint, aber daneben von eigenen thatſächlichen Erforderniſſen abhängend, ſo ward durch einmalige Anſtellung einer actio in personam incerta die ganze zum Grunde liegende Hauptobligation mit allen ihren rechtlichen Folgen conſumirt; was man von Leiſtungen durch dieſen Proceß nicht erhalten hatte, entweder weil man ſie jetzt noch nicht einfordern wollte, oder weil ſie noch nicht fällig oder that-

23) l. 29. §. 4. D. mandati (17. 1) l. 24 C. de procurator. (2. 13.)

24) l. 1. D. de re jud. (42. 1).

25) l. 20. D. de jurisdict. (2. 1).)

lich noch nicht begründet waren, das Alles war für immer verloren. Der Kläger konnte hier nicht durchſetzen gegen einen Beklagten, welcher ſeine Störung nur auf einzelne Ausflüſſe eines ſolchen Rechtsverhältniſſes gerichtet hatte, er unterlag überall, wo ſeine Beweisführung nicht buchſtäblich der formula entſprach, auch wenn die Vertheidigung des Beklagten nur auf Nebenumſtände gebaut und des Klägers Anſpruch nach allſeitigem Anerkenntniſſe zum Theile begründet nnd erwieſen war.

Zur Beſeitigung dieſer Nachtheile der Proceßconſumtion bediente ſich der Richtermagiſtrat bei der Anordnung des judicium eigener Behelfe, der praescriptiones, welche von den Parteien zu erbitten waren und in der formula vorangeſtellt wurden. Sie hatten den Zweck, entweder nur theilweiſe oder nur unter Vorausſetzungen das judicium zu veranſtalten, und bloß in ſo weit die Proceßconſumtion eintreten zu laſſen, im Uebrigen aber die Klage zu verwerfen, wodurch dem Kläger die nochmalige Erhebung offen blieb. Die erſtere Art der praescriptiones fand ihre Anwendung bei den Rechtsverhältniſſen, welche eine actio in personam incerta erzeugten, wie Kauf, Auftrag, Geſellſchaft u. a.; der Richtermagiſtrat veranſtaltete hier das judicium nur über einen Theil des Rechtsverhältniſſes, den fälligen und klagbaren, indem er die praescriptiones beifügte, ea res agatur, cujus rei dies fuit, ea res agatur de fundo mancipando und dergl., der nicht fällige und nicht klagbare Theil wurde dadurch in der formula ausgeſchloſſen und nicht in judicium deducirt, alſo auch nicht conſumirt. Ein Ausfluß dieſes Satzes iſt die Befugniß des Richtermagiſtrats, den Beklagten zur Annahme einer Theilzahlung zu nöthigen, und den Specialrichter in der formula anzuweiſen, daß er den Beklagten bloß theilweiſe verurtheile (quantum debitor facere potest). Die andere Art der praescriptiones ließ das judicium nicht unbedingt zu, ſondern nur unter angegebenen Vorausſetzungen; trafen dieſe nicht ein, ſo war es ſo anzuſehen, als wenn das judicium gar nicht veranſtaltet worden wäre, was gleich der Klagverwerfung dem Kläger ſeine actio unverſehrt bewahrte. So galt bei der praescriptio fori [26]) das judicium nur dann für angeordnet, wenn vor dem Specialrichter die Vertheidigung des Beklagten, daß er der Gerichtsbarkeit des Richtermagiſtrates nicht unterworfen ſei, nicht dargethan wurde; bei der praescriptio, ne praejudicium fiat, — woraus die heutige exceptio praejudicialis geworden iſt — war das judicium nur für den Fall geſtattet, daß die Entſcheidung der anhängigen causa minor keinen nachtheiligen Einfluß auf die beſtrittene aber noch nicht anhängige causa major beſorgen laſſe [27]). Waren aber auf dieſe Weiſe die Sätze zur Geltung gelangt, daß die Proceßconſumtion unter Umſtänden ausgeſchloſſen und auf einen Theil des Rechtsverhältniſſes beſchränkt werden könne, ſo ſtand damit in Widerſpruch, daß eine exceptio dilatoria eine Klage für immer zerſtören und eine pluspetitio den Verluſt des Proceſſes nach ſich ziehen ſollte; die römiſchen Kaiſer hoben deßhalb das Eine und das Andere auf, zuletzt die Proceßconſumtion überhaupt, deren Einfluß übrigens nur noch in wenigen Rechtsverhältniſſen zu erkennen war.

Der Untergang des alten ordo judiciorum, womit die Trennung in jus und judicium wegfiel, hat das Verfahren des römiſchen Rechtes nicht weſentlich verändert. Die öffentliche Perſon, welcher die Rechtspflege anvertraut wurde, vereinigte dann die beiden Eigenſchaften des alten Richtermagiſtrates und des Specialrichters, wie dieß in extraordinariis cognitionibus ſchon vorher der Fall geweſen war. Nur konnte eine formula nicht mehr vorkommen, und es erloſch der Unterſchied der praescriptio und exceptio, ſo weit er mit der formula zuſammenhing, was aber natürlich nicht ausſchloß, daß einzelne Vertheidigungsmittel des Beklagten, wie die praescriptio fori und die temporis praescriptio, vor andern zu erörtern waren. Die Sonderung der Vorverhandlung vor der litiscontestatio von der Hauptverhandlung nach derſelben ging unverändert über in das juſtinianeiſche Recht und eben ſo die Vorſchrift, daß beide Parteien zur Vorverhandlung eben ſo wie zur Hauptverhandlung mitzuwirken haben. Mit der Verwerfung der Klage in Folge der Vorverhandlung war es lediglich beim Alten geblieben, auf die Hauptverhandlung aber mußte nicht mehr unbe-

26) l. 50 §. 2. l. 52. pr. D. de jud. (5. 1.) l. 13. C. de except. (8. 36.)

27) l. 32. §. 10. D. de recept. (4. 8.) l 54. D. de jud. (5. 1) l. 5. §. 2. l. 7. pr. §. 1. l. 25. §. 17. D. de hered. petit. (5. 3). l. 23 §. 9. D. ad leg. Aquil. (9. 2.) l. 1. §. 1. D. fam. ercisc. (10. 2.) l. 3. §. 8. 11. D. de Carb. ed. (37. 10.) l. 3. §. 6. D. de tab. exhib. (43. 5.) l. 13. 16 18. 21. D. de except. (44. 1.) l 2. §. 1. D. vi bon rapt. (47. 8.) l. 7. §. 1. D. de injur. (47. 10.) l. 4. D. de jud. publ. (48. 1.).

dingt ein Endurtheil erfolgen, eine condemnatio oder absolutio des Beklagten. Zwiſchen das eine und das andere Urtheil war ein Mittelglied eingeſchoben, ſpäter absolutio ab instantia [28]) genannt, ein Erkenntniß, welches weder verurtheilte noch freiſprach und die Wiederanſtellung der Klage vorbehielt, wenn im Laufe der Hauptverhandlung Thatumſtände ſich herausſtellten, welche eine Klagverwerfung zur Folge gehabt hätten, falls ſie in der Vorverhandlung klar vorgelegen wären. Die pluspetitio, oder was eine Klage unzuläſſig machte, bewirkte nach erfolgter litiscontestatio nicht mehr eine absolutio des Beklagten in dem Sinne, daß er der neuerdings erhobenen actio die exceptio rei judicatae mit zerſtörendem Erfolge entgegenſetzen konnte; ohne daß es eines beſonderen Gegenmittels bedurfte, machte der Richter die Auslegung ſo, daß dem Kläger ſein Klagrecht unverſehrt erhalten wurde.

§. 4.

Kanoniſches und deutſches Recht. Prälocute. Badiſche Proceßordnung.

Eine tief eingreifende Neuerung machte das kanoniſche Recht durch Einführung der Schriftlichkeit, indem es die Uebergabe einer Klagſchrift forderte, um ſolche dem Beklagten zur ſchriftlichen Beantwortung mitzutheilen. [29]) Damit hörte der unmittelbare mündliche Verkehr zwiſchen dem Richter und den Parteien auf, die Vorverhandlung fiel mit der Hauptverhandlung zuſammen, und bloß in der Vernehmlaſſung des Beklagen waren möglicher Weiſe noch Spuren der vormaligen Trennung zu erkennen.

Die Verwerfung der Klage konnte jetzt nur ausgeſprochen werden, wenn in der Klagſchrift ſelbſt Thatverhältniſſe vorgetragen waren, welche die Klage als unzuläſſig oder als unbegründet darſtellten. Ergab ſich die Unzuläſſigkeit im Verfolge des Rechtsſtreites, ſo erging eine absolutio ab instantia, insbeſondere wann der Beklagte eine exceptio dilatoria vorſchützte, worunter jetzt alle Thatumſtände begriffen wurden, welche der Verurtheilung des Beklagten zeitlich entgegenſtanden, mochten ſie eine ſelbſtſtändige Vertheidigung des Beklagten enthalten, oder eine Ausſtellung gegen die Zuläſſigkeit der Klage, oder eine Rüge gegen den Richter, daß er ſein officium nicht handhabe. Auf den Grund einer exceptio peremtoria, worunter jetzt die Aufhebungsgründe eines Rechtsverhältniſſes allgemein, auch die solutio und oblatio des römiſchen Rechtes, verſtanden wurden, trat die Verwerfung einer Klage (denegatio actionis) nicht mehr ein, ſondern nur die absolutio; der Beklagte konnte jedoch unter Umſtänden beantragen, daß vor Allem eine exceptio peremtoria, welche dann proceßhindernd (exc. peremtoria in vim dilatoriae) genannt wurde, erörtert und erhoben werde.

Der Richter verband jetzt mit der Ladung an den Beklagten die Androhung der Rechtsnachtheile des Ungehorſams und überließ den Parteien, für den Fortgang des Rechtsſtreites wechſelſeitig Sicherheit zu begehren; es durfte darauf eine exceptio und replicatio dilatoria gebaut werden.

Das richterliche Fragerecht, weil ſeine Ausübung mit Schwierigkeiten verknüpft wurde, verlor an Bedeutung, und man verwarf die Klage als unzuläſſig, wenn der Vortrag nicht gehörig beſchaffen war. — Dagegen ward es dringende Nothwendigkeit, die Verhandlungen actenmäßig zu machen und es ward deßhalb ausdrücklich verordnet, daß der Richter unter eigener Verantwortlichkeit eine persona publica oder ſtatt derſelben zwei glaubwürdige Männer zur Beurkundung beiziehen ſolle. [30])

In dieſer Geſtalt wurde das römiſch-kanoniſche Recht nach Deutſchland verpflanzt, wo Geſetzgebung und Wiſſenſchaft nur noch wenige Zuſätze lieferten.

Die Reichsgeſetze machten dem Richter zur Pflicht, von ſelbſt jeder Theilnahme an den Verhandlungen ſich zu enthalten und die Gründe anzuzeigen, wenn er in einer Lage ſich befand, welche ihn zur Ausübung des Richteramtes unfähig machte oder doch eine Befangenheit desſelben beſorgen ließ. [31]) Die Praxis führte an die Stelle der abgekommenen richterlichen Fragen Prälocute oder Vorbeſcheide ein, mittelſt deren der Richter, ehe er über Verwerfung oder Zulaſſung der Klage ſich ausſprach, dem Kläger die erforderliche Ergänzung oder Verbeſſerung der Klagſchrift aufgeben konnte, wenn er dafür hielt, daß die Mängel leicht zu heben ſeien.

---

28) Die Benennung iſt vielleicht aus l. 73. §. 2. D. de jud. (5. 1.) entlehnt.

29) c. 1. X. de lib. oblat. (2. 3.) Clem. 2. de V. S. (5. 11.).

30) c. 11 X. de probat. (2. 19.) Kann der Richter zugleich die Stelle der beurkundenden Perſon vertreten? mindeſtens unter Zuziehung zweier Schöffen oder Urkundsperſonen?

31) R. C. G. Reform. v. 1531 §. 21. R. C. G. O. v. 1555 l. 13. §. 13. R. C. G. Viſit. Abſch. von 1713. §. 23.

Digitized by Google

Die Verfügungen, wodurch eine Klage, ein Rechtsmittel oder ein anderes Geſuch verworfen wurde, bildeten zuſammen die Klaſſe der abſchlägigen Decrete (decreta rejectoria), und Wiſſenſchaft wie Geſetzgebung ſtellten für die erſtgenannte Art eigene Formeln auf, welche den Grund der Zurückweiſung andeuteten: des Klägers Suchen hat allhier nicht Statt, hat noch zur Zeit nicht Statt oder wird noch zur Zeit abgeſchlagen, hat angebrachtermaßen nicht Statt oder wird, wie gebeten, abgeſchlagen, hat nicht Statt oder wird auf vorgebrachte narrata abgeſchlagen. [32])

Vergleicht man dieſe Formeln mit den oben angeführten Stellen des römiſchen Rechtes, worin eine denegatio actionis ausgeſprochen iſt, ſo entſprechen die erſten drei Formeln den Fällen, welche in §. 2 unter Nr. 1 litt. a. b. c. aufgezählt ſind und die vierte den Fällen unter Nr. 2 litt. a. b. d. Die weitere Frage, ob die rechte Klage angeſtellt ſei, fällt nach deutſchem Rechte weg, da der Kläger nicht verbunden iſt, ſeiner Klage einen Namen zu geben, die unrechte Benennung darf daher nicht zu ſeinem Nachtheile ausgelegt werden.

Die Frucht einer wiſſenſchaftlichen Läuterung des gemeinen deutſchen Proceßrechtes iſt die badiſche Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten, durchdrungen von dem Streben, die ſchriftliche Grundlage des Verfahrens durch mündliche Ausführung zu beleben und die ſelbſtthätige Wirkſamkeit des Richters innerhalb der Grenzen der Verhandlungsmaxime rege zu erhalten.

Die Proceßordnung macht dem Richter zur Pflicht, die Verhältniſſe, welche ihn zur Ausübung des Richteramts in einer Sache unfähig machen, der Stelle anzuzeigen, welcher im Falle der Ablehnung das Erkenntniß zukommt. [33]) Darunter ſind jedoch die Verhältniſſe nicht zu verſtehen, welche der Ernennung zum Richter als natürliche oder ſtaatsrechtliche Hinderniſſe im Wege ſtehen könnten; dieſe fallen vielmehr in das Gebiet des öffentlichen Rechtes, ihre Erledigung gehört vor die Verwaltungsbehörden. Auch findet jenes Gebot keine Anwendung auf einen Rechtspraktikanten, welcher bei einem Amte beſchäftigt iſt, er wäre denn als zeitlicher Amtsverweſer aufgeſtellt; außer dieſem Falle iſt der Rechtspraktikant der Protokollführer des Untergerichts. [34]) Auf gleiche Weiſe hat der Unterrichter, gegen deſſen Perſon Ablehnungsgründe wegen beſorgter Befangenheit vorhanden ſind, die er ſelbſt kennt, dieſelben den Parteien zum Protokoll zu eröffnen, ohne daß er jedoch, wenn er nicht abgelehnt wird, der Verhandlung und Entſcheidung der Sache ſich entziehen dürfte. [35])

Iſt eine Partei nicht fähig, vor Gericht zu ſtehen, um ihre Rechte zu verfolgen oder zu vertheidigen, weil ſie minderjährig, mundlos oder eine Ehefrau iſt [36]), ſo hat der Richter ſie anzuweiſen, durch ihren geſetzlichen Vertreter handeln zu laſſen, oder beziehungsweiſe unter ſeiner Mitwirkung zu handeln.

Erſcheint für eine Partei ein gewählter Vertreter, der in ſeinen eigenen Angelegenheiten nicht fähig iſt, vor Gericht aufzutreten, ſo wird er nicht zugelaſſen, wenn er auch im Allgemeinen zum Gewalthaber erkohren werden könnte; erſcheint ein ſolcher Vertreter ohne Vollmacht oder iſt die Vollmacht nicht gehörig beſchaffen, ſo iſt ihm die Beiſchaffung oder Berichtigung der Vollmacht aufzugeben. [37]) Gegen öffentliche Anwälte (Advocaten und Schriftverfaſſer) können übrigens vor Gericht nicht angeführt werden Minderjährigkeit oder Entmündigung oder andere Gründe, welche deren Ernennung hätte hindern mögen oder die Entziehung des Anwaltſchaftsrechtes rechtfertigen würden; dieſe Erörterung gehört vor die Verwaltungsbehörden, von welchen die Ernennung auszugehen hat.

Ausländiſche Parteien werden aufgefordert, für den Empfang gerichtlicher Einhändigungen einen im Orte des Gerichts wohnenden Gewalthaber aufzuſtellen, wenn nicht mit dem Heimathsſtaate der Partei ein Vertrag beſteht, daß die Verfügungen inländiſcher Gerichte dort eingehändigt werden. [38]) (Fortſetzung folgt.)

32) R. A. v. 1570. §. 80. Markgräfl. bad. Verordnung, die Abkürzung des rechtl. Verfahrens bei dem Hofgerichte betr., vom 20. September 1752. §. 1. 7—9. Kurbad. Obergerichtsordnung §. 1. 7—9.

33) Proceßordnung §§. 58. 72.

34) Verordnungen v. 1. Mai 1810 und v. 2. November 1826.

35) Proceßordnung §§. 62. 63.

36) Proceßordnung §§. 82. 84. vergleiche mit L.R.S. 215. 450. 509. 513.

37) L.R.S. 1990. Proceßordnung §§. 124. 133.

38) P. O. §. 283. 286.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Groſsherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nr. 41. Karlsruhe den 10. October 1846.

I.

Die verwerfenden Dekrete des gemeinen deutſchen und des badiſchen Proceſsrechtes.

(Fortſetzung.)

Dem Richter iſt ein ausgedehntes Aufhellungsrecht eingeräumt, er iſt förmlich angewieſen, theils bei der Einleitung eines Rechtsſtreites durch Fragen oder Vorbeſcheide die Ergänzung oder Verbeſſerung zu veranlaſſen, theils für die Berichtigung der Proceſs- und der Sachlegitimation Sorge zu tragen und er iſt befugt, im Laufe der Verhandlungen und ſelbſt noch nach dem Schluſſe derſelben, Fragen an die Parteien zu ſtellen. [39])

Die Protocolle, welche aufgenommen werden, ſind bei den Untergerichten von einem verpflichteten Actuare, bei den Obergerichten von einem Secretäre niederzuſchreiben. [40]) Das ſogenannte Protocoll, welches ein Beamter, Amtsverweſer oder ein Rechtspracticant ſelbſt aufnimmt, entbehrt der öffentlichen Glaubwürdigkeit, auch wenn ſtatt des Protocollführers zwei Urkundsperſonen beigezogen wurden. [41]) Nur ſoweit Erklärungen der Parteien in dieſer Weiſe beurkundet ſind, können jene Protocolle, falls ſie von den Parteien unterſchrieben ſind, als Privaturkunden gelten.

Das decretum rejectorium, wodurch eine Klage verworfen wird, heiſst Verſagung der Ladung auf die Klage, und ſoll ergehen, wenn die Unzuläſſigkeit, oder daſs die Klage unbegründet iſt, aus dem Klagvortrage hervorgeht. Wenn aber Unterrichter ſogar nach abgegebener Vernehmlaſſung des Beklagten die Ladung zu verſagen wähnen, durch den Ausſpruch, daſs die Klage dahier oder zur Zeit nicht ſtattfinde, oder daſs ſie nicht ſtattfinde, ſo verkennen ſie nicht nur den Buchſtaben des Geſetzes, ſondern auch ſeinen Geiſt. Denn der Richter, welcher die Vernehmlaſſung des Beklagten erhebt, hat ebendamit die Klage für zuläſſig und begründet erklärt, nachher ſteht es nicht mehr bei ihm, zum Nachtheile des Beklagten, welcher ein Endurtheil oder doch eine absolutio ab instantia fordern kann, das Geſchehene für nicht geſchehen zu erklären, wenn ihm gleich unbenommen bleibt, bis zur Verkündung des Urtheils ſeine Ueberzeugung zu ändern.

§. 5.

Badiſches Recht. Verwerfung vor Fällung des Urtheils im nämlichen Rechtszuge.

Wird eine Klage vor den Richter gebracht, ſo hat er, wie oben erwähnt, zuerſt die Frage ſich zu beantworten, ob die Klage zuläſſig, und dabei wieder vor Allem die Frage, ob er für die Streitſache zuſtändig ſei. Denn der Richter iſt einerſeits nur Träger eines einzelnen Zweiges der Staatsgewalt, coordinirt den Trägern der übrigen Zweige, andererſeits iſt er nur ein Glied einer Mehrheit von Gerichten; ſeine Amtsgewalt hat in beiden Richtungen ihre beſtimmten Grenzen. Danach iſt derſelbe unzuſtändig, wenn der Gegenſtand des Streites eine Verwaltungsſache iſt oder wenn derſelbe, obgleich eine bürgerliche Rechtsſache, kraft ausdrücklicher Geſetze den Verwaltungsſtellen zur Verhandlung und Entſcheidung zugewieſen iſt [42]); er iſt unzuſtändig, wenn der Beklagte

39) P. O. §. 91, 134, 248, 338.

40) L.R.S. 1317 vergl. mit O. G. O. §. 254, 255. P. O. §. 223. Geſetz vom 6. März 1845. §. 3, 6, 9.

41) Die Verordnung vom 20. Februar 1829, §. 6 iſt durch die Proceſsordnung ſtillſchweigend aufgehoben.

42) P. O. §. 1. 2. vergl. mit Org. Reſcr. vom 26. Nov. 1809. Beil. D. §. 8. Verord. vom 9. Sept. 1815. L.R.S. 545. Geſetz vom 28. Aug. 1835 (die Abtretung des Eigenthums zum öffentlichen Nutzen betr.) §. 3. 23.

Digitized by Google

nicht unter dem beſtimmten Gerichte ſteht oder wenn die einzelne Rechtsſache nicht vor dieſes Gericht gelangen kann. Dort fehlt die Gerichtsbarkeit und dieſer Mangel kann auch im Einverſtändniſſe der Parteien und des Richters, durch Prorogation, nicht gehoben werden, weil die Beſtimmung des Umfanges der Gerichtsbarkeit durch die Gerichtsverfaſſung ein Theil des öffentlichen Rechtes und der Abänderung durch Privatwillkür nicht empfänglich iſt; hier fehlt die Zuſtändigkeit (Competenz) im engeren Sinne, welche bemeſſen iſt durch die Beſtimmungen über den Gerichtsſtand, ein Mangel, welcher in der Regel durch Prorogation beſeitigt werden kann.

Der Gerichtsſtand zerfällt in den ordentlichen und befreiten, der eine und der andere wieder in den allgemeinen und beſonderen Gerichtsſtand.

Der ordentliche allgemeine Gerichtsſtand iſt das Untergericht des Wohnſitzes und eventuell des Aufenthaltsortes des Beklagten; [43]) die ordentlichen beſonderen Gerichtsſtände ſind jene der gelegenen Sache, in Verlaſſenſchafts- und Erbtheilungsſachen, in Geſellſchaftsſachen, des zum Vollzuge eines Vertrages gewählten Wohnſitzes, der geführten Verwaltung, aus unerlaubten Handlungen, des Arreſtes, der Widerklage. [44])

Einen befreiten allgemeinen Gerichtsſtand genießen bei dem Hofgerichte die Kanzleiſäßigen, nämlich: der Großherzog und die großherzogliche Familie [45]), die Mitglieder der Familie eines auswärtigen deutſchen Landesherrn, welche im Großherzogthume ihren Wohnſitz haben [46]); die Standesherren und ihre Familienglieder [47]); die Grundherren und ihre Familienglieder [48]); die Hofdiener, welche bei Hof wirklich angeſtellt und nicht bloß characteriſirt ſind, vom Kammerherren auswärts und mit Einſchluß derjenigen, welche Maitresrang haben [49]); die Miniſter, Staatsräthe, geheime Kabinetsräthe, Miniſterial- und Departementaldirectoren, Oberhofgerichts- und Hofgerichtsvorſteher, Regierungsdirectoren, der Staat oder Staatsbeutel, die allgemeinen Kirchenkaſſen und die allgemeinen Landesanſtalten [50]); bei den Militärgerichten die Militärperſonen [51]); bei den Univerſitätsämtern die Academiker [52]).

Befreite beſondere Gerichtsſtände beſtehen bei dem betreffenden Hofgerichte für Lehensſachen [53]), für Standes- und Grundherrlichkeitsſachen, für Stammgutsſtreitigkeiten und überhaupt für alle, die Standesherren betreffenden Realſachen [54]), für Eheſachen [55]); bei dem älteſten Hofgerichtsrathe der Provinz (des Kreiſes) für Klagen gegen Unterrichter und für Klagen, welche von Unterrichtern gegen ihre Amtsuntergebenen angeſtellt werden [56]); bei dem Stadtamte Mannheim, dem Landamte Karlsruhe, dem Bezirksamte Rheinbiſchofsheim, dem Oberamte Lahr und dem Bezirksamte Breiſach für die Rheinſchifffahrtsſachen [57]); bei dem Bezirksamte, in deſſen Bezirk der Ausländer angetroffen wird oder Güter beſitzt, für Klagen gegen Ausländer auf Erfüllung perſönlicher Verbindlichkeiten, ſofern beim Mangel maßgebender Staatsverträge im einzelnen Falle nicht ein anderer Gerichtsſtand im Lande vorhanden iſt und als Retorſion gegen den Heimathsſtaat des Beklagten [58]); bei dem eigens ernannten Gerichte, wo eine Sache in Folge der Ablehnung des Richters oder wegen beharrlicher Verweigerung oder Verzögerung der Rechtspflege einem andern Gerichte übertragen wird [59]); bei dem Gerichte der Hauptſache für alle Nebenſachen, welche im Laufe des Proceſſes über die Hauptſache vorkommen [60]), bei dem Bürgermeiſter für Sachen in Land-

43) Die Untergerichte ſind nach dem Org. Reſcr. vom 26. Nov. 1809. Beil. C. §. 10—13. die Beamtungen, und an deren Stelle treten nach dem Geſetze vom 6. März 1845, §. 1—3 die Amtsgerichte.

44) P. O. §. 7—13. 14—26.

45) Verordnung vom 21. März 1812.

46) Arg. deutſche Bundesacte Art. 14, v. Hohnhorſt, Jahrbücher, Jahrgang VII., S. 137.

47) Verordnung vom 21. März 1812.

48) Verordnung vom 28. December 1815.

49) Verordnung vom 26. Februar 1812 und Verordnung vom 12. Juni 1795. (Realauszug der bad. Geſetzgebung, Bd. 2. S. 338.)

50) Verordnung vom 21. März 1812.

51) Org. Reſcr. v. 26. November 1809, Beil. C. §. 40.

52) Verordnungen vom 7. Mai 1810.

53) Lehensedict vom 12. Aug. 1807. §. 25 und Verord. vom 21. März 1812.

54) Verordnung vom 21. März 1812 und deutſche Bundesacte, Art. 14.

55) Eheordnung §. 64. II. Einf.-Ed. v. 22. Dec. 1809. §. 11, 12. Geſetz vom 6. März 1845, §. 22, 23, 26, 27.

56) P. O. §. 28.

57) Rheinſchifffahrtsconvention vom 31. März 1831, §. 81 und Verord. v. 13. Juli 1831.

58) P. O. §. 47, 49, 50.

59) P. O. §. 29, 30.

60) P. O. §. 31.

Digitized by Google

gemeinden bis zum Werthe von 5 fl. und in Stadtgemeinden bis zum Werthe von 15 fl., ſofern der Beklagte auch der polizeilichen Gewalt des Bürgermeiſters unterworfen iſt [61]).

Den hier aufgeführten geſetzlichen Gerichtsſtänden geht jedoch der durch gültige Prorogation begründete vor. Für den einzelnen Rechtsſtreit entſteht nämlich ein befreiter beſonderer Gerichtsſtand dadurch, daß ihn die Parteien vor ein an ſich unzuſtändiges Gericht bringen und dieſes die Annahme nicht verweigert [62]), vorausgeſetzt, daß das prorogirte Gericht ein ordentliches bürgerliches Gericht iſt, ein Amt, ein Hofgericht, das Oberhofgericht, ein Regimentscommando, das Oberkriegsgericht, ein Univerſitätsamt, welche eine regelmäßige bürgerliche Gerichtsbarkeit haben, obſchon ſich dieſelbe bei den Militärgerichten und bei den Univerſitätsämtern nur über beſtimmte Klaſſen von Perſonen erſtreckt. Die Prorogation auf ein Obergericht iſt ſogar begünſtigt, denn dieſes kann die Annahme nicht verweigern, wenn es im Falle der Appellation, beziehungsweiſe der Oberappellation, das für die Sache zuſtändige Obergericht iſt, und der Werth des Streitgegenſtandes die Appellations- (Oberappellations-) Summe erreicht [63]). Nur in Lehensſachen iſt die Prorogation geſetzlich ausgeſchloſſen [64]), was den Schluß rechtfertigt, daß die übrigen befreiten Gerichtsſtände, allgemeine und beſondere, durch Prorogation umgangen werden und die befreiten Perſonen auf ihr Vorrecht verzichten können, ferner, daß eine Streitſache, welche vermöge geſetzlicher Beſtimmung oder vermöge Vertrags vor Schiedsrichter gehört, durch Prorogation an die ordentlichen Gerichte gelangen kann. Warum ſollte auch gegen die Regel des Geſetzes eine Sache der letzterwähnten Art nicht vor die bürgerlichen Gerichte gebracht werden können, da ſie doch an ſich zu den bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten gehört und im höheren Rechtszuge an die Gerichte gelangt? [65])

Die Form, in welcher beim Mangel der Zuſtändigkeit im weiteren Sinne die Ladung auf die Klage verſagt wird, iſt: die Klage findet hier nicht Statt [66]), nicht nur, wo dem Richter die Zuſtändigkeit im engeren Sinne abgeht, ſondern auch, wo die Gerichtsbarkeit mangelt. Das Geſetz bedarf keiner Nachhülfe der Wiſſenſchaft durch die Form: die Klage findet vor den Gerichten nicht Statt. Denn gehört eine Sache überhaupt nicht vor den Richter, was in den Entſcheidungsgründen ausgeführt wird, ſo kann ſie auch vor den angerufenen nicht gebracht werden, und mehr, als dieß braucht das Erkenntniß dem Kläger nicht zu bedeuten. Dabei iſt aber wohl zu beachten, daß eine Ladungsverſagung in der bezeichneten Form nur Platz greift, wo die Unzuſtändigkeit aus der Klage ſelbſt hervorgeht, wo ſomit die Thatſachen, auf welchen ſie beruht, vollſtändig und deutlich vorgetragen ſind. Wäre dieß der Fall nicht, ſo müßte vorerſt durch richterliche Fragen oder Vorbeſcheide eine Ergänzung und Erläuterung veranlaßt oder die Ladung in anderer Weiſe verſagt werden.

§. 6.

Fortſetzung.

Hat der Richter bei der Prüfung der Zuläſſigkeit einer Klage die erſte Frage, ob er zuſtändig ſei, zu Gunſten des Klägers bejaht, ſo ſchreitet er zur zweiten, ob die Klage zur gehörigen Zeit erhoben wurde. Ergibt ſich aus dem Vortrage des Klägers ſelbſt, daß er noch gar nicht in ſeinem Rechte verletzt iſt, entweder, weil eine Rechtskränkung in der angeführten Handlung des Beklagten nicht liegt oder weil eine verletzende Handlung (factum contraventionis) gar nicht behauptet iſt, ergibt ſich insbeſondere, daß die Klage erſt nach Verfluß einer gewiſſen Zeit oder nach dem Eintritte einer gewiſſen Vorausſetzung erhoben werden kann, ſo wird verfügt: die Klage findet noch zur Zeit nicht Statt [67]). Namentlich gehören hieher die Fälle der römiſchen pluspetitio tempore, wo nämlich einem Rechtsverhältniſſe gleich bei ſeiner Entſtehung ein Verfalltag oder eine Bedingung beigefügt worden iſt, welche zur Zeit der Klagerhebung noch nicht eingetreten waren, im Gegenſatze zur wahren exceptio pluspetitionis (except. de

61) VI. Conſtitutionsed. §. 20. Org. Reſcr. vom 26. November 1809, Beilage B., §. 7 d. In dem Geſetze vom 6. März 1845, §. 15, iſt die Zuſtändigkeit des Bürgermeiſters noch etwas erweitert. Für Handelsſachen ſind in §§. 28, 32, 33 beſondere Handelsgerichte in Ausſicht geſtellt.

62) P. O. §§. 32, 39.

63) P. O. §§. 33, 1240.

64) P. O. §. 41.

65) L.R.S. 1983 a., L.R.A.S. 51, Annalen der bad. Gerichte, Jahrg. VI., S. 7, VIII., S. 295, Lauckhard, Rechtsfälle, Bd. III. S. 316. Das Geſetz vom 6. März 1845, §. 45 geht noch weiter.

66) P. O. §. 357.

67) P. O. §. 360.

non petendo temporalis), daß ein ſolcher Verfalltag oder eine ſolche Bedingung nach der Entſtehung des Rechtsverhältniſſes beigefügt worden ſeien, ferner die Fälle, wo die Klage ihrem Weſen nach ſubſidiär und die in erſter Reihe zuſtehende Klage noch nicht erhoben worden iſt, wie die Schadensklage gegen die Obrigkeit (Pfandgericht, Obervormundſchaftsbehörde, Richter); endlich die Fälle, wo dem Kläger nach ſeinen eigenen Anführungen die exceptio praejudicialis entgegengeſetzt werden kann, wenn er einzelne Familien- oder daraus entſpringende Vermögensrechte verfolgt, während der Familienſtand beſtritten iſt, wenn er von einem Beamten Schadenserſatz verlangt, ehe die Handlung des Beklagten von deſſen Dienſtbehörde für widerrechtlich erklärt iſt, oder Entſchädigungsanſprüche aus einer verbrecheriſchen That geltend macht, ehe das Verbrechen unterſucht und darüber ein Urtheil gefällt iſt, wenn der Kläger auf Vergütung einzelner Poſten aus einer Verwaltung dringt, ehe er über das Ganze Rechnung geſtellt hat. Andere verzögerliche Einreden, welche der Kläger in ſeiner Klage anführt, berechtigen dagegen nicht zur Ladungsverſagung, weil es im Belieben des Beklagten ſteht, durch unterlaſſene Anführung auf eine ſolche Einrede zu verzichten. Im Uebrigen gilt auch hier die Bemerkung, daß die Klage mindeſtens die Thatſachen vollſtändig und deutlich anführen muß, aus welchen hervorgeht, daß ſie zur Zeit nicht Statt hat und daß im entgegengeſetzten Falle eine andere Form der Verwerfung zu wählen iſt, wenn nicht vorerſt Fragen oder Vorbeſcheide in Anwendung gebracht werden wollen.

Die dritte und letzte Frage hinſichtlich der Zuläſſigkeit einer Klage verbreitet ſich darüber, ob der Vortrag des thatſächlichen Klaggrundes oder des Klagbegehrens deutlich, beſtimmt und vollſtändig ſei. Fehlt es an Einem dieſer Erforderniſſe oder hat die Klage andere, zu verbeſſernde Mängel, iſt der Kläger oder Beklagte nicht beſtimmt bezeichnet, iſt das Begehren nicht ſchlüſſig, weil eine römiſche pluspetitio loco oder causa vorliegt, ſo wird verfügt: die Klage findet angebrachtermaßen nicht Statt [68]), was nach dem Vorausgehenden auch dort ausgeſprochen werden kann, wo die Thatſachen nicht vollſtändig oder nicht deutlich angeführt ſind, aus welchen die Zuſtändigkeit des Richters hervorgeht und daß die Klage ſchon jetzt begründet ſei. Nach der Ueberſchrift des einſchlagenden Titels der Proceßordnung [69]) iſt indeſſen dieſe Verfügung nur zu erlaſſen, im ſchriftlichen Verfahren, welches in erſter Inſtanz Ausnahme ſein ſoll. Leider! wird aber in der Wirklichkeit die Regel von der Ausnahme verſchlungen, weil es in die Hand der bequemen Parteien und Anwälte, ſowie der vielgeplagten und läſſigen Unterrichter gegeben iſt, ob mündliches oder ſchriftliches Verfahren eintreten ſoll [70]). Das mündliche Verfahren hingegen, in erſter Inſtanz geſetzliche Regel, ſetzt den Richter in unmittelbaren Verkehr mit den Parteien und ihren Vertretern und macht es ihm leicht, auf kürzerem Wege zu erreichen, was durch die eben erwähnte Ladungsverſagung bezweckt wird. Hier ſoll (und im ſchriftlichen Verfahren kann) er alſo zunächſt durch zweckmäßige Fragen und Vorbeſcheide die nöthige Ergänzung oder Verbeſſerung veranlaſſen [71]). Wenn der Kläger eine ſolche Vorverfügung nicht befolgt, ſo iſt die Ladung zu verſagen und die Kage zu verwerfen: geſchieht dieß aber in der Form: die Klage findet angebrachtermaßen nicht Statt oder in der Form: die Klage findet nicht Statt? Man wird ſich für das Letztere entſcheiden müſſen. Denn eine richterliche Frage oder ein Vorbeſcheid dient gerade als Erſatzmittel für die Verwerfung angebrachtermaßen, dieſe iſt alſo nicht mehr am Platze, wo jenes fruchtlos war; auch hat der Kläger, welcher einer richterlichen Aufforderung, ſeine Klage zu ergänzen oder zu verbeſſern, nicht entſpricht, auf den Vortrag weiterer Thatſachen ſtillſchweigend verzichtet. Es geſchieht ihm nicht zu viel, wenn die Ladung unbedingt verſagt wird. Endlich ließe ſich Zweifel erheben, ob nicht bei Anwendung des richterlichen Fragerechts der Kläger mit dem unbeſtimmt oder unvollſtändig vorgetragenen Angriffsmittel ausgeſchloſſen werden muß. Bei näherer Betrachtung wird auch dieß zu verneinen ſein, weil der That nach durch unbedingte Ladungsverſagung der Ausſchluß erfolgt iſt und ein förmliches Verſäumungserkenntniß gegen den Kläger nur hinſichtlich et-

68) P. O. §. 359 vergl. mit §. 247.

69) Tit. XVIII.

70) P. O. §. 216–221. Das Geſetz vom 3. Aug. 1837, Art. 3. hat die Wurzel des Uebels nicht getroffen, und das Geſetz vom 6. März 1845, §. 20, Nr. 1 dürfte nur da den gewünſchten Erfolg haben, wo die Parteien in Perſon erſcheinen. Sollte dieß nicht im erſten Verfahren zur Pflicht gemacht werden können?

71) Pr. O. §. 248.

Digitized by Google

waiger Repliken, Tripliken u. ſ. w. ergehen kann, nicht aber hinſichtlich der Klage, zu deren Erhebung er weder unmittelbar, noch mittelbar genöthigt werden darf, auch davon abgeſehen, daß ein Anrufen des Beklagten nicht denkbar iſt, wo es ſich noch um Zulaſſung oder Verwerfung der Klage handelt [72]).

Nachdem die Zuläſſigkeit einer Klage nach allen Seiten geprüft und daran kein Anſtand gefunden worden iſt, ſo geht der Richter zur zweiten Hauptfrage über, ob die Klage begründet ſei, und iſt dies nach dem Vortrage des Klägers unzweifelhaft zu verneinen, ſo wird verfügt, die Klage findet nicht ſtatt. [73]) In dieſer Weiſe iſt demnach Ladung zu verſagen, wenn ſich zeigt, entweder daß der Kläger es nicht iſt, welchem die erhobene Klage zuſteht, oder daß der Beklagte es nicht iſt, gegen den ſie ihm zuſteht, oder daß aus dem thatſächlichen Vorbringen des Klägers nicht der geltend gemachte Anſpruch, oder endlich, daß daraus überhaupt kein Klagrecht abgeleitet werden kann; es gehört dahin nach dem Vorhergehenden auch der Fall, daß der Kläger eine richterliche Frage unbeantwortet oder einen Vorbeſcheid unbefolgt läßt.

Die Regeln, welche nach dem Bisherigen für das ordentliche Verfahren gegeben ſind, gelten im Ganzen auch dem abgekürzten Verfahren, ſowohl den Fällen, für welche daſſelbe vom Geſetze beſonders verordnet iſt, dem beſtimmt ſummariſchen Proceſſe des gemeinen Rechtes, als den Fällen, wo es im Allgemeinen ſtattfindet, dem unbeſtimmt ſummariſchen Proceſſe. [74]) Im abgekürzten Verfahren der letzteren Art kann und ſoll indeſſen die Verwerfung angebrachtermaßen nicht vorkommen, ſoweit die Verhandlungen der geſetzlichen Regel nach mündlich gepflogen werden, [75]) die Verbeſſerung des Mangelhaften iſt hiebei durch richterliche Fragen und Vorbeſcheide herbeizuführen. Für das abgekürzte Verfahren der erſten Art hat die Proceßordnung mehrere Vorſchriften des ordentlichen Verfahrens ausdrücklich wiederholt, theils durch die Andeutung, daß Geſuche um Aufforderungen zur Klage wegen Mangelhaftigkeit verworfen werden können, [76]) theils durch die dem Richter gegebene Weiſung, ein unſtatthaftes Arreſtgeſuch oder eine unſtatthafte Bitte um unbedingten Zahlbefehl unbedingt oder angebrachtermaßen zu verwerfen, [77]) theils durch die Beſtimmungen, daß die Executiv- und Wechſelklagen angebrachtermaßen zu verwerfen ſind, wenn ſie Mängel an ſich tragen, welche bloß dieſe Proceßart unſtatthaft machen. [78]) Der Mangel der Beſcheinigung oder ſtatt derſelben der Sicherheitsleiſtung bei einem Arreſtgeſuche, der Mangel des erforderlichen Urkundenbeweiſes im unbedingten Mandats-, Executiv- und Wechſelproceſſe iſt ein Grund, das Geſuch oder die Klage angebrachtermaßen zu verwerfen. Die Aufforderung zur Klage von Seiten desjenigen, welchem ſelbſt eine Klage zuſteht, und die Beſitzklage, welche nicht in Jahresfriſt, vom Tage der geſchehenen Störung, erhoben iſt, werden unbedingt verworfen. [79])

Endlich findet eine Verwerfung in Nebenſachen Statt, welche mit dem Hauptproceſſe zufällig in Verbindung gebracht werden. Iſt dieſe Nebenſache eine Widerklage oder eine Hauptintervention, ſo iſt Alles darauf anzuwenden, was nach dem Bisherigen ohne jene Verbindung Rechtens wäre; iſt es aber ein anderer Antrag, durch welchen eine Abweichung von dem regelmäßigen Gange des Hauptproceſſes bezweckt wird, ſo ſpricht man in analoger Anwendung der Ladungsverſagung nur im Allgemeinen von Verwerfung des Geſuches, ohne nach den aufgeführten Formen zu unterſcheiden. Dahin ſind zu rechnen die Nebenintervention, die Streitverkündung, die Beiladung, das Ablehnungsgeſuch, die Bitte um Erſtreckung einer Friſt oder Verlegung einer Tagfahrt, das Anrufen um Verſäumungserkenntniß, die Bitte um Zulaſſung zum Widerrufe, das Wiederherſtellungsgeſuch u. ſ. w. Die Bitte um Wiederherſtellung erſcheint indeſſen in verſchiedener Geſtalt und es ſoll ihr deßhalb, um den Zuſammenhang nicht zu zerreißen, eine beſondere Betrachtung gewidmet werden.

72) P. O. §. 342. Die Regel, daß Rechtsnachtheile angedroht und auf Anrufen des Gegentheils ausgeſprochen werden, hat, was Letzteres betrifft, bei der Anwendung des richterlichen Fragerechts ſeine Ausnahmen, P. O. 298 und 342.

73) Proceßordnung §. 858.

74) Proceßordnung §§. 673, 674. Tit. 32—38. §. 1148. Geſetz vom 3. Aug. 1837, Art. 6.

75) Proceßordnung §. 674, Nr. 1.

76) Proceßordnung §. 767.

77) Proceßordnung §§. 688, 703.

78) Proceßordnung §§. 728, 741.

79) Proceßordnung §. 750, Nr. 3, 764.

Digitized by Google

§. 7.

Verwerfung nach gefälltem Urtheile.

Hat der Richter eine Verfügung erlaſſen oder eine Entſcheidung gegeben, ſo ſteht ihr die Vermuthung der Geſetzmäßigkeit zur Seite und ſoll der Gang der Rechtspflege nicht gehemmt werden, ſo muß der Geſetzgeber dafür ſorgen, daß eine Anfechtung nur unter Vorausſetzungen zugelaſſen wird, welche gegen das Streben nach Rechtsſicherheit überwiegen. Um dieſe Aufgabe zu löſen, hat die Proceßordnung zwiſchen richterlichen Verfügungen und Urtheilen unterſchieden, und gegen die erſtern nach gefälltem Urtheile kein ſelbſtſtändiges Rechtsmittel zugelaſſen, vorher aber bloß ausnahmsweiſe die Beſchwerdeführung und in einzelnen Fällen die Appellation beziehungsweiſe die Oberappellation; gegen Urtheile hat dieſelbe die Rechtsmittel der Appellation (beziehungsweiſe der Oberappellation) und der Wiederherſtellung geſtattet. Noch weniger darf die mittelbare Anfechtung eines Urtheiles Eingang finden, nachdem ſolches bereits zur Vollſtreckung gediehen iſt, damit nicht der Erfolg eines Rechtsſtreites vereitelt wird. Hier finden darum nur noch Statt die Bitte um Einhalt, entweder bei dem Vollſtreckungsbeamten oder bei dem Richter, welcher die Vollſtreckung verfügte, die Einſprache des verurtheilten Schuldners wegen verletzter Formen bei einer Vollſtreckungshandlung, die Beſchwerdeführung wegen Verletzung der geſetzlichen Vorſchriften beim Vollſtreckungsverfahren, die Nichtigkeitsklage aus dem nämlichen Grunde, endlich die Einſprache und das Einhaltsgeſuch eines dritten Gläubigers gegen die Befriedigung des betreibenden Gläubigers aus den Ergebniſſen der Vollſtreckung. Aus dieſen Gründen ſind ſowohl jene Rechtsmittel als dieſe Hinderniſſe der Vollſtreckung mehreren einſchränkenden Bedingungen unterworfen; ſind dieſe Erforderniſſe nicht vorhanden, ſo wird das Hinderniß der Vollſtreckung oder das Rechtsmittel verworfen, Letzteres in einem beſonderen Erkenntniſſe, wie bei der Ladungsverſagung auf die Klage der Fall iſt.

Die Appellation, das Rechtsmittel gegen Urtheile, welche auf kontradiktoriſche Verhandlungen ergangen ſind und die Rechtskraft noch nicht erlangt haben, iſt zuläſſig beim Zuſammentreffen der Bedingungen, daß der Streitgegenſtand zuerkannt oder abgeſprochen wurde, daß derſelbe den Werth der Appellationsſumme erreicht, d. h. 50 fl., in ſo fern das Urtheil erſter Inſtanz von einem Einzelnrichter, und 150 fl., in ſofern es von einem Kollegialgerichte ergangen iſt [80]), endlich daß die Appellation in den geſetzlichen Nothfriſten eingeführt wird, wenn ſo wohl die Friſt zur Anmeldung von 14 und beziehungsweiſe acht Tagen als die Friſt zur Ausführung von 42 und beziehungsweiſe 21 Tagen, oder wenn mindeſtens die letztere Friſt eingehalten wird. [81]) Indeſſen gibt es einzelne vom Geſetze namentlich aufgezählte Fälle [82]), wo die Appellation ohne Rückſicht auf das Daſeyn der Appellationsſumme ſtattfindet; auch ſind bei der Appellation gegen den Vertheilungsbeſcheid im Gantverfahren die Nothfriſten dahin beſtimmt, daß in der zur Verkündung des Vertheilungsbeſcheides anberaumten Tagfahrt die Anmeldung mit ſpecieller Angabe der Beſchwerde und die Ausführung binnen 14 Tagen bei dem Obergerichte erfolgen muß; zugleich darf die Beſchwerde nur dahin aufgeſtellt werden, daß die angefochtenen Theile dem Ganturtheile nicht gemäß ſeien [83]). Ergibt ſich aus den Acten, daß hienach die Sache nicht zum höheren Rechtszuge ſich eignet, oder zeigt ſich, daß die Beſchwerdeſchrift verſpätet eingereicht iſt, oder iſt die Rechtzeitigkeit nicht klar nachgewieſen, ſo wird der Anwalt des Appellanten vorgeladen, und, nachdem er gehört oder nicht erſchienen iſt, über die Unzuläßigkeit oder die Verſpätung erkannt [84]), d. i. die Appellation als unzuläſſig oder unſtatthaft verworfen.

Dieſer Ausſpruch im zweiten Rechtszuge iſt daſſelbe, was im erſten die Ladungsverſagung, daß die Klage nicht ſtattfinde, und erſetzt zugleich die übrigen Formeln der Klagverwerfung, wohin die Fälle zu rechnen wären, daß die Appellation eingeführt wird, ehe das Urtheil erſter Inſtanz verkündet iſt, daß an ein Obergericht appellirt wird, welches dem Untergerichte nicht vorgeſetzt iſt, gegen deſſen Urtheil die Appellation gerichtet wird, oder daß die Appellationsbeſchwerdeſchrift einer gehörigen Bitte um Abänderung entbehrte, wo jedoch gewöhnlich dem Anwalte die Verbeſſerung aufgegeben wird. Ueberhaupt muß ausdrücklich auf die Verwandſchaft zwiſchen Klage

80) Proceßordnung §. 1172. 1173.

81) Proceßordnung §. 1187. 1195. 1206.

82) Proceßordnung §. 1175. Geſetz vom 3. Auguſt 1837 Art. 4.

83) Proceßordnung §. 928. 930.

84) Proceßordnung §. 1214.

Digitized by Google

und Appellationsbeſchwerde hingewieſen und wo nöthig di. Auslegung nach der Analogie gemacht werden, welche in den Geſetzen förmlich anerkannt iſt [85]).

Die Nothfriſten der Oberappellation ſind dieſelben, und das ganze Verfahren im Rechtszuge der Oberappellation iſt daſſelbe, wie bei der Appellation, mit dem Unterſchiede, daß die Oberappellationsſumme 500 fl. beträgt und daß die Oberappellation ohne Rückſicht auf das Daſein jener Summe nur in drei Fällen Platz greift [86]).

Die Wiederherſtellung iſt im Allgemeinen das Rechtsmittel gegen Verſäumungserkenntniſſe, ſodann gegen rechtskräftige Urtheile, endlich gegen Verſäumung der Friſten der Appellation (Oberappellation) und der Wiederherſtellung gegen Verſäumungserkenntniſſe. Das Nähere über die Zuläſſigkeit dieſes Rechtsmittels ſoll indeſſen weiter unten dargeſtellt werden im Zuſammenhange mit der Wiederherſtellung, welche vor der Fällung des Urtheiles nachgeſucht werden kann.

Im Vollſtreckungsverfahren kann der verurtheilte Schuldner im Allgemeinen nur ſo lange um Einhalt, d. h. um vorläufige Einſtellung bitten, als die einzelne Vollſtreckungshandlung nicht vollzogen iſt, ſodann beim Vollſtreckungsbeamten bloß unter den Vorausſetzungen, daß die Schuld nach dem Urtheile getilgt worden iſt oder der Gläubiger in den Einhalt einwilligt, und daß das Eine oder das Andere urkundlich nachgewieſen wird. [87]) Der Richter kann außerdem noch Einhalt gebieten, wenn der Schuldner mit fälligen auf einem rechtskräftigen Urtheile beruhenden Gegenforderungen wettſchlägt, oder wenn nach ergriffener Appellation gegen die Verwerfung eines Einhaltsgeſuches der Schuldner Sicherheit beſtellt hat oder der Gläubiger einwilligt, oder wenn der Schuldner, gegen welchen die Vollſtreckung auf verſchiedene Weiſe und an verſchiedenen Orten zugleich angeordnet iſt, nachweiſt, daß an einem Orte oder auf eine Art hinreichende Mittel zur Befriedigung des Gläubigers ſich dargeſtellt haben, ferner in ſo weit, als ein ergriffenes Rechtsmittel die Vollziehbarkeit hindert, oder als eine Vollſtreckungshandlung wegen Verletzung der geſetzlichen Vorſchriften über die Art der Vollſtreckung nichtig iſt [88]). Gegen die Vornahme einer Vollſtreckungshandlung überhaupt ſteht dem Schuldner nur die Einſprache wegen verletzter Formen bei demjenigen Richter zu, welcher die Vollſtreckung verfügt hat, oder beim Oberrichter die Beſchwerde wegen Verletzung der geſetzlichen Vorſchriften des Verfahrens. Jene Einſprache iſt jedoch in vier Wochen, nach der Vornahme der Handlung erloſchen [89]), und eben ſo die Beſchwerde wegen behaupteter Fehler beim Verſteigerungsverfahren oder beim Zuſchlage 4 Wochen nach dem endlichen Zuſchlage; auch hat die Beſchwerde gar nicht Statt gegen die erſte Verſteigerung, wo eine zweite Verſteigerung vorgenommen worden iſt. In den nämlichen Friſten erliſcht die Nichtigkeitsklage, welche der Schuldner gegen den Steigerer des im Vollſtreckungsverfahren veräußerten Gegenſtandes über die Rechtmäßigkeit ſeines Erwerbes erheben kann, und dieſe Klage iſt an ſich nur zuläßig, wenn dem Schuldner nicht möglich war, gegen die Verletzung geſetzlicher Vorſchriften im Wege der Beſchwerdeführung Abhülfe zu begehren. [90])

Dritten Gläubigern kommt das Recht zur Einſprache nur zu, wenn ſie vorzügliche oder gleiche Anſprüche an Gegenſtände erheben, welche im Vollſtreckungswege veräußert werden ſollen, wenn denſelben Eigenthums-, Nutznießungs-, Vorzugs- oder Unterpfandsrechte an den Gegenſtänden der Vollſtreckung zuſtehen, oder wenn ſie die Ergebniſſe der Vollſtreckung ausſchließlich oder theilweiſe anſprechen, entweder vermöge jener Eigenthumsrechte u. ſ. w. oder weil zur Befriedigung ihrer Anſprüche keine anderen angreifbaren Vermögenstheile vorhanden ſind [91]).

Dieſes Recht zur Einſprache findet jedoch, ſofern es auf den Mangel anderer Befriedigungsmittel geſtützt wird, nur Statt vor Beendigung des Vollſtreckungsverfahrens, bei der Verſteigerung insbeſondere nur innerhalb 8 Tagen vom Zuſchlage an, ſonſt aber nur ſo lange und nur in ſo weit, als der betreibende Gläubiger die Ergebniſſe der Verſteigerung nicht bereits bezogen hat. [92]). Zur Sicherung des Erfolges dieſer Einſprache können die drit-

85) Qui appellat prior, agit. l. 29. D. de jud. (5. 1.) Proceßordnung §. 1171.

86) Proceßordnung §. 1177. 1239—1241.

87) Proceßordnung §. 958.

88) Proceßordnung §. 659 verglichen mit §. 964—966. 1180—1186.

89) Proceßordnung §. 961. 963.

90) Proceßordnung §. 962. 1054. 1055.

91) Proceßordnung §. 1072.

92) Proceßordnung §. 1073. 1074. Potior est conditio occupantis.

Digitized by Google

ten Gläubiger einen Einhaltsbefehl nachſuchen, und haben zu dieſem Ende ihre Anſprüche bloß zu beſcheinigen, während für den thätſächlichen Grund der Einſprache, als einer Nebenſache im Proceſſe, alsbald der Beweis anzutreten iſt [93]). Auch hat der Richter Einhalt zu gebieten, wenn nach ergriffener Appellation gegen die Verwerfung eines Einhaltsgeſuches der den Einhalt ſuchende Dritte Sicherheit beſtellt hat, oder wenn der Gläubiger einwilligt [94]).

§. 8.

Verwerfung der Wiederherſtellung.

Die Wiederherſtellung der Proceßordnung, bald eigentliche Klage, bald Nachbildung einer ſolchen, [95]) iſt aus zweierlei Quellen geſchöpft, aus dem gemeinen deutſchen und aus dem franzöſiſchen Proceßrechte. Sie iſt nach Fällung des Urtheiles theils unmittelbar theils mittelbar gegen dieſes gerichtet, vor Fällung deſſelben gegen Verſäumniſſe einzelner Proceßhandlungen von Seiten der Partei ſelbſt oder von Seiten ihres Anwaltes.

Unmittelbar gegen ein ergangenes Urtheil geht die Wiederherſtellungsklage, das Rechtsmittel der Wiederherſtellung gegen rechtskräftige Erkenntniſſe, und das Wiederherſtellungsgeſuch gegen Verſäumungserkenntniſſe.

I. Die Wiederherſtellungsklage kann erhoben werden

1) von Seiten minderjähriger oder entmündigter Perſonen gegen Urtheile, welche ihnen Nachtheil bringen, wenn dargethan wird, daß ihre Rechte in der Sache während der Minderjährigkeit oder der Pflegſchaft von ihren Vertretern nicht gehörig vertheidigt worden ſind; [96])

2) von derjenigen Partei, welche die Kenntniß oder den Beſitz von entſcheidenden Urkunden, oder die Kenntniß von andern Beweismitteln oder entſcheidenden Thatſachen oder von Mängeln weſentlicher Vorausſetzungen des Urtheils oder des Verfahrens erlangt hat [97]);

3) von derjenigen Partei, gegen welche ein Urtheil, auf falſche Beweismittel ergangen oder von der Gegenpartei durch Beſtechung des Richters oder durch andere betrügeriſche Handlungen oder durch Unterdrückung entſcheidender in ihrem Beſitze befindlicher Urkunden erwirkt worden iſt [98]).

Die weiteren Erforderniſſe dieſer Wiederherſtellungsklage ſind: a. Der Wiederherſtellungskläger kann die Wiederſtellung nicht nachſuchen gegen ein Urtheil, welches auf eine frühere Wiederherſtellungsklage deſſelben gefällt worden iſt, es wäre denn, daß jenes Urtheil auf neue von der Gegenpartei vorgelegte Urkunden, neue Zeugen, oder auf einen von ihr geleiſteten Eid ſich gründet, und daß die Beweismittel falſch ſind, oder der Richter beſtochen oder das Urtheil durch andere betrügeriſche Handlungen erlangt worden iſt [99]). b. Gegen Verſäumungserkenntniſſe kann eine Wiederherſtellungsklage nicht angeſtellt werden in den Fällen unter Nr. 2 und 3, ſondern nur in den Fällen unter Nummer 1; eben ſo wenig kann eine zweite Wiederherſtellungsklage in andern Fällen als in jenen unter Nummer 1 gegen dieſelben Punkte des Urtheiles erhoben werden [100]). c. Sie iſt bei dem Gerichte anzubringen, von welchem urſprünglich das Urtheil mit den Beſtimmungen geſprochen worden iſt, gegen die man die Wiederherſtellung ſucht und nur ausnahmsweiſe bei dem Obergerichte [101]). d. Die Wiederherſtellungsklage iſt innerhalb der geſetzlichen Friſten zu erheben, in den Fällen unter Nummer 1. mindeſtens binnen 4 Jahren nach erreichter Volljährigkeit und nach aufgehobener Pflegſchaft, welche Friſt jedoch durch Einhändigung des Urtheils von Seiten der Gegenpartei ſo wie durch den Tod der Partei abgekürzt und erweitert werden kann, [102]) in den Fällen unter Nummer 2. binnen vier Jahren, in jenen unter Nummer 3. binnen 30 Jahren von dem Tage an, wo das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat; ſodann in den Fällen unter Nummer 2 und 3 binnen 42 Tagen von der Zeit an, wo die Partei Kenntniß erhalten hat von dem Grunde, auf welchen die Wiederherſtellungsklage gebaut wird [103]).

(Schluß folgt).

93) Proceßordnung §. 959. Nr. 4. 5. verglichen mit Proceßordnung §. 673. Nr. 1.

94) Proceßordnung §. 965.

95) Pauli sent. rec. I. 7. 1. c. 2. X. de off. jud. (1. 32.)

96) Proceßordnung §. 1254.

97) Proceßordnung §. 1253.

98) Proceßordnung §. 1252.

99) Proceßordnung §. 1264.

100) Proceßordnung §. 1263. 1265.

101) Proceßordnung §. 1251. 1252.

102) Proceßordnung §. 1255—1258.

103) Proceßordnung §. 1252. 1253.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro. 42. Karlsruhe den 17. October 1846.

I.

Die verwerfenden Dekrete des gemeinen deutſchen und des badiſchen Proceßrechtes.

(Schluß.)

Gegen ein Ganturtheil aber wird die Wiederherſtellungsklage nur ſo lange zugelaſſen, als die Gantmaſſe noch nicht unter die Gläubiger vertheilt iſt [104]). e. Mit dem Vortrage der Klage muß zugleich die Beibringung des Beweiſes über die rechtzeitige Erhebung derſelben verbunden werden [105]).

Fehlt es der Wiederherſtellungsklage an einem der unter a — d erwähnten Erforderniſſe, ſo wird dieſelbe als unzuläſſig verworfen (namentlich auch, wenn dieſelbe nicht beim gehörigen Richter angebracht iſt).

Beim Mangel des Beweiſes der Rechtzeitigkeit (e), wird ſie angebrachtermaßen verworfen [106]), und dies hat die Rechtswirkung, daß dem Kläger von der Bekanntmachung der verwerfenden Verfügung zur Verbeſſerung der Klage noch 28 Tage laufen, und der Beweis der am Tage der früher angebrachten Klage vorhanden geweſenen Rechtzeitigkeit genügt, wenn im Laufe der neuen Friſt dem Mangel der früheren Klage abgeholfen wird. Dieſelbe Rechtswirkung hat die vorläufige Anzeige des Vorhabens, die Wiederherſtellungsklage zu erheben, wenn im Laufe der neuen Friſt die Klage wirklich angebracht wird. Geſchieht dieſe vorläufige Anzeige nach Verkündung des in zweiter Inſtanz ergangenen Urtheils, wie die Sache im dritten Rechtszuge an das Oberhofgericht gebracht iſt, ſo laufen die 28 Tage erſt von dem Tage an, wo das oberhofgerichtliche Urtheil verkündet wurde, oder wenn die Oberappellation für verfallen erklärt iſt, vom Tage des Ablaufs der Wiederherſtellungsfriſt gegen dieſen Beſchluß [107])

Endlich muß die Berichtigung irriger Vorträge durch Widerruf in den Formen dieſer Wiederherſtellung geſchehen, wenn ſeit der Einhändigung des Urtheils 14 Tage abgelaufen ſind, und die Partei muß zugleich beweiſen, daß die widerrufenen Anführungen oder Zugeſtändniſſe auf Irrthum beruhen [108]).

II. Wird einer Partei in Folge einer Verſäumung etwas ab- oder der Gegenpartei etwas zuerkannt, weil der thatſächliche Grund der Vertheidigungsmittel der Letztern für zugeſtanden erklärt und die ſäumige Partei mit etwaigen Vertheidigungsmitteln ausgeſchloſſen iſt, ſo iſt dies ein Verſäumungserkenntniß, und dagegen kann Wiederherſtellung in doppelter Weiſe nachgeſucht werden,

1) ohne allen Wiederherſtellungsgrund binnen 14 Tagen von Behändigung des Verſäumungserkenntniſſes an gerechnet, mit Beirechnung etwaiger Zuſatztage; und nach Ablauf dieſer Friſt

2) auf den Grund, daß wegen Krankheit, Abweſenheit, oder höherer Gewalt die geſetzliche Friſt zur Wiederherſtellung nicht hat benützt werden können, und daß die Verhinderungsurſache nicht ſeit längerer als der für jene Friſt geſetzten Zeit aufgehört hat [109]). Für das Eine und das Andere muß ſogleich der Beweis geführt oder wenigſtens angetreten werden; auch wird nach vier

104) Proceßordnung §. 918. 935.
105) Proceßordnung §. 1259.
106) Proceßordnung §. 1260.
107) Geſetz vom 3. Auguſt 1837. Art. 13.
108) Proceßordnung §. 155.
109) Proceßordnung §. 658. 661.

Digitized by Google

Jahren ſeit der Behändigung des Verſäumungserkenntniſſes die Wiederhellung nicht mehr zugelaſſen [110]).

Im Allgemeinen iſt die Wiederherſtellung bei dem Richter nachzuſuchen, welcher das Verſäumungserkenntniß erlaſſen hat, und es muß dem Geſuche der verſäumte Parteivortrag beigefügt ſein [111]).

In denſelben Formen iſt namentlich Wiederherſtellung gegen die Verſäumniſſe eines Anwalts durch die Partei ſelbſt oder durch einen andern Anwalt nachzuſuchen [112]). Auch kann eine Partei innerhalb 14 Tagen nach Behändigung des Urtheiles die Anführungen oder Zugeſtändniſſe irriger Thatſachen durch Widerruf anfechten [113]).

Der Wiederherſtellung gegen Verſäumungserkenntniſſe und gegen rechtskräftige Urtheile ſteht zur Seite

III. Die Wiederherſtellung, welche bald der einen bald der andern Hauptform nachgebildet und theils mittelbar gegen ein Urtheil gerichtet, theils vor Fällung eines Urtheils Nachtheile abzuwenden beſtimmt iſt.

1) Gegen den Beſchluß, wodurch eine Appellation (Oberappellation) verfallen erklärt wird, nachdem die Anmeldung in der geſetzlichen Friſt geſchehen, die Einreichung der Beſchwerdeſchrift aber nicht erfolgt iſt, kann Wiederherſtellung nachgeſucht werden in den Formen, welche vorhin unter II. 1. 2. beſchrieben worden ſind;

2) gegen die Verſäumung der Appellations-(Oberappellations-) ausführungsfriſt, nachdem auch die Anmeldung innerhalb der dafür beſtimmten Friſt unterblieben war, und gegen die Verſäumung der Ausführungsfriſt von 42 Tagen bei der Appellation gegen verſagte Ladung in den Formen unter II. 2.

Die Wiederherſtellungsbitte iſt an das Appellations-(Oberappellations-) Gericht zu ſtellen und es iſt zugleich die Appellations- (Oberappellations-) Beſchwerdeſchrift einzureichen. Den Friſten werden Zuſatztage beigerechnet, mit Ausnahme der 14tägigen Friſt, binnen welcher gegen eine Verfallenerklärung die Wiederherſtellung zugelaſſen wird. Auch iſt dieſe Wiederherſtellungsfriſt auf 8 Tage beſchränkt für alle Fälle, wo die Nothfriſten der Appellation (Oberappellation) abgekürzt ſind [114]).

3) In ähnlicher Weiſe kann eine Partei wegen Verſäumniß ihres Anwalts Wiederherſtellung erlangen gegen den Ablauf der unter II. 1. 2. und III. 1. 2. erwähnten Friſten, auch gegen den Ablauf der für den Widerruf beſtimmten Friſt, wenn ſie den Beweis führt oder doch antritt, daß ſie den Anwalt rechtzeitig beauftragt hatte, und daß von dem Tage an, wo ſie von dem Verſäumniſſe des Anwalts Kenntniß erhielt, die Wiederherſtellungsfriſt von 14 Tagen mit etwaigen Zuſatztagen noch nicht abgelaufen iſt. Eine Wiederherſtellung aus dieſem Grunde findet jedoch nicht mehr Statt, wenn ſeit dem Ablaufe der Friſt, gegen deren Verſäumniß Wiederherſtellung geſucht wird, ein Jahr verfloſſen iſt [115]).

4) Iſt gegen eine Partei der Rechtsnachtheil des Zugeſtändniſſes oder des Ausſchluſſes mit Vertheidigungs- oder Beweismitteln ausgeſprochen, ohne daß zugleich in der Hauptſache ein Verſäumungserkenntniß erlaſſen wird, ſo kann dieſelbe innerhalb 14 Tagen und etwaiger Zuſatztage Wiederherſtellung nachſuchen [116]), was bei dem Ausſchluſſe mit der Vernehmlaſſung auf die Appellationsbeſchwerde einigermaßen modificirt iſt.

5) Neu aufgefundene Thatſachen, welche zum Grunde von Einreden, Repliken u. ſ. w. gehören, können nach Vornahme der Proceßhandlung, bei der ſie vorzubringen geweſen wären, ſelbſt nach Erlaſſung eines Beweiserkenntniſſes, in der nämlichen Inſtanz vor dem Endurtheile mittelſt der Wiederherſtellung nachgetragen werden, und eben ſo neue Beweismittel nach Ablauf der Beweisfriſt und ſelbſt nach erfolgter Beweiserhebung, wenn die Partei den Vortrag alsbald beibringt und zugleich beſcheinigt, oder ſich zum Eide erbietet, daß ſie die nachgetragenen Thatſachen oder Beweismittel im Laufe der früheren Friſt nicht gekannt oder die letzteren nicht gehabt, und deren Kenntniß oder Beſitz auch nicht ſeit mehr als 42 Tagen vor Anbringung des Wiederherſtellungsgeſuches erlangt habe [117]).

Zugleich iſt für nachgetragene Thatſachen, wenn ein

110) Proceßordnung §. 668.

111) Proceßordnung §. 659. 661.

112) Proceßordnung §. 156.

113) Proceßordnung §. 154.

114) Proceßordnung §. 1203—1206. 1234.

115) Geſetz vom 3. Auguſt 1837. Art. 1.

116) Geſetz vom 3. Auguſt 1837. Art. 5. verglichen mit Proceßordnung §. 415. 1219.

117) Geſetz vom 3. Auguſt 1837. Art. 5. verglichen mit Proceßordnung §. 409, 462, 594, 596.

Digitized by Google

Beweiserkenntniß vorausgegangen war, der Beweis anzutreten.

Fehlt es an einem Erforderniſſe der bisher (II. III.) beſchriebenen Wiederherſtellung, ſo wird dieſe verworfen.

§. 9.

Rechtsmittel gegen Verwerfung.

Bei Beantwortung der Frage, ob gegen verwerfende Verfügungen Rechtsmittel Statt finden, muß unterſchieden werden zwiſchen der Verwerfung nach gefälltem Urtheile, der Verwerfung eines Rechtsmittels oder eines mittelbar gegen ein Urtheil gerichteten Geſuches, und zwiſchen der Verwerfung eines Geſuches vor Fällung eines Urtheiles, wohin namentlich auch die Verwerfung einer Klage gehört. In den Fällen der letztern Art gilt die Verwerfung der Regel nach als proceßleitende Verfügung, und dagegen iſt im Allgemeinen ein Rechtsmittel nicht ſogleich zuläſſig; in den Fällen der erſtern Art enthält die Verwerfung in der That die Merkmale eines Urtheiles, wogegen das Rechtsmittel der Appellation und Oberappellation Platz greift. Denn der Streitgegenſtand wird mittelbar zu- oder abgeſprochen, weil das vorausgegangene Urtheil in Rechtskraft übergeht, wenn das dagegen ergriffene Rechtsmittel für unſtatthaft erklärt iſt [118].

Das Rechtsmittel der Appellation und, wo der Fall ſich ſonſt dazu eignet, der Oberappellation findet hiernach ſtatt gegen die Verwerfung der Wiederherſtellungsklage, auch wo dieſelbe angebrachtermaßen verworfen und der Beweis der Rechtzeitigkeit binnen der nachgelaſſenen Friſt nicht beigebracht worden iſt, gegen die Verwerfung des Wiederherſtellungsgeſuches gegen Verſäumungserkenntniſſe, des Wiederherſtellungsgeſuches gegen Verfallenerklärung oder gegen Verſäumung beider Nothfriſten der Appellation und des Wiederherſtellungsgeſuches wegen Verſäumniß eines Anwaltes (§. 8. I. 1. 2. 3. II. 1. 2. III. 1. 2. 3.) [119]; daſſelbe Rechtsmittel findet ſtatt gegen die Verwerfung eines Einhaltsgeſuches des verurtheilten Schuldners oder eines Dritten im Vollſtreckungsverfahren [120], gegen die Verwerfung der Nichtigkeitsklage des Schuldners und gegen die Verwerfung der Einſprache dritter Gläubiger. Endlich iſt Oberappellation zuläſſig gegen die Verwerfung der Appellation, ſofern dieſe nicht vom Oberhofgerichte ſelbſt ausgeſprochen worden iſt und ſofern die ſonſtigen Vorausſetzungen nicht abgehen [121].

Die Verwerfung anderer Geſuche, insbeſondere auch der Geſuche um Wiederherſtellung in den Fällen des §. 8. III. 4. 5, ſo wie der in §. 6 a. E. genannten Geſuche in Nebenſachen, mit Ausnahme der Bitte um Zulaſſung zum Widerrufe, der Hauptintervention und Widerklage, fällt lediglich unter die proceßleitenden Verfügungen, und gegen ſolche findet ein Rechtsmittel nur in der Art ſtatt, daß erſt mit der Appellation gegen das Endurtheil die Beſchwerde gegen die proceßleitende Verfügung verbunden werden kann [122]. Ausnahmsweiſe findet jedoch ein Rechtsmittel, die Beſchwerdeführung, ſogleich Statt, wenn der Partei ein Nachtheil zugehen würde, welcher bei der Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr gehoben werden könnte, und dieſe Gefahr beſcheinigt wird [123]; und als Fälle dieſer Art werden herausgehoben die Verwerfung eines Ablehnungsgeſuches gegen den Protokollführer eines Untergerichts oder eines Commiſſärs, die Verwilligung einer Friſt oder einer weitern Tagfahrt, wenn die Verwilligung ſelbſt oder das Maß derſelben gegen das Geſetz iſt, die Verwerfung einer Einſprache des Schuldners wegen verletzter Formen bei einer Vollſtreckungshandlung [124]. Sind dieſe beſonderen oder jene allgemeinen Bedingungen nicht gegeben, ſo wird die Beſchwerdeführung als unſtatthaft verworfen und dagegen findet kein weiterer Rechtszug ſtatt [125]. Im Uebrigen kann über die Zuläſſigkeit oder Unzuläſſigkeit der Beſchwerdeführung erkannt werden ohne Vorladung oder auf Vorladung des Beſchwerdeführers allein oder auf Vorladung beider Parteien [126].

---

118) Gönner, Handbuch des deutſchen gemeinen Proceſſes 2. Auflage Band I. S. 166. III. S. 139.

119) Proceßordnung §. 1175. Nr. 8. Geſetz vom 3. Auguſt 1837 Art. 5.

120) Proceßordnung §. 965.

121) Proceßordnung §. 1243. verglichen mit Geſetz vom 6. März 1845 §. 41.

122) Proceßordnung §. 390.

123) Geſetz vom 3. Auguſt 1837. Art. 3.

124) Proceßordnung §. 79. 80. 242. 961.

125) Proceßordnung §. 1244. 1250.

126) Proceßordnung §. 1249.

Digitized by Google

Nach allem Dieſem iſt noch übrig die Verwerfung einer Klage, Widerklage oder Hauptintervention, und dieſe Verſagung der Ladung auf die Klage iſt ebenfalls nichts anderes als eine Verfügung, ſowohl nach dem gemeinen Rechte als nach den ausdrücklichen Worten der Proceßordnung [127]). Die Ladungsverſagung geht nicht durch den Ablauf von Nothfriſten ohne weiteres in Rechtskraft über und kann von dem nämlichen Richter wieder abgeändert werden, weßhalb der Beklagte, gegen welchen ein unbedingter Befehl oder eine Vollſtreckungsverfügung erlaſſen wird, vorerſt Einſprache zu erheben hat und erſt gegen deren Verwerfung ein Rechtsmittel ergreifen darf [128]). Wenn aber der Richter nochmal angegangen eine andere Ueberzeugung nicht gewinnt, was zu erwarten iſt, wo in der phyſiſchen Perſon kein Wechſel eintritt, ſo kann der Kläger die Verurtheilung des Beklagten nicht erreichen und iſt in eine ähnliche Lage gebracht, als wenn ihm der Streitgegenſtand aberkannt wäre, obgleich ihm ein Urtheil nicht entgegenſteht. Aus dieſem Grunde müſſen ſolche Verfügungen einem Rechtsmittel unterliegen, und das gemeine Recht geſtattete die Appellation, welche von den Proceßlehrern theils aus der Extrajudicialappellation des kanoniſchen Rechts, theils aus der Appellation gegen Zwiſchenurtheile abgeleitet wurde [129]). Die Proceßordnung nahm dies in ihren urſprünglichen Beſtimmungen ebenfalls an, wurde aber in der Folge theilweiſe abgeändert, dahin nämlich, daß gegen die Verwerfung angebrachtermaßen bloß die Beſchwerdeführung zugelaſſen werde [130]). Die Stellung der abändernden Beſtimmung erregte indeſſen den Zweifel, ob nicht die Appellation beibehalten wurde für die Fälle, daß im beſtimmten abgekürzten Verfahren eine Exekutiv- oder Wechſel- oder eine unbedingte Mandatsklage angebrachtermaßen verworfen worden iſt [131]). Die Frage muß aber verneint und auch hier auf die Beſchwerdeführung verwieſen werden, weil die Abſicht des abändernden Geſetzes im Allgemeinen auf Abſchaffung dieſer Appellation gerichtet war, und deßwegen bei den Geſuchen um unbedingten Befehl insbeſondere die betreffende Stelle der Proceßordnung gefliſſentlich anders gefaßt wurde [132]). Auf dieſe Weiſe iſt die Verwerfung einer Klage angebrachtermaßen durchaus in die Klaſſe derjenigen proceßleitenden Verfügungen verſetzt worden, gegen welche ſogleich ein Rechtsmittel, die Beſchwerdeführung, Platz greift [133]), was um ſo mehr gelten muß, wenn ein Richter gegen die Vorſchrift des Geſetzes nach erhobener Vernehmlaſſung des Beklagten eine Klage angebrachtermaßen abweiſt. Die Appellation in eigenthümlicher Geſtalt bleibt alſo nur für die weiteren drei Formen verſagter Ladung auf die Klage.

Iſt eine Klage für unzuläſſig oder unbegründet erklärt, ſo iſt damit dem Beklagten nichts zuerkannt, nur dem Kläger ſteht ein nachtheiliger Ausſpruch im Wege; er allein hat daher ein rechtliches Intereſſe, das Hinderniß der Rechtsverfolgung zu beſeitigen, und kann dieß dem Rechte nach auf zweierlei Weiſe, indem er entweder denſelben Richter nochmal angeht, oder den Oberrichter anruft. Aus dieſen Gründen hat die Proceßordnung den im gemeinen Proceßrechte beſtehenden Streit richtig dahin entſchieden, daß die Nothfriſten der Appellation von der Zeit zu laufen beginnen, wo der Kläger zwiſchen beiden Wegen gewählt und für die Ergreifung des Rechtsmittels ſich entſchieden hat, wo er die Ladungsverſagung dem Beklagten behändigen läßt [134]). Aber nicht weiter geht das Intereſſe des Klägers, als ihm die Rechtsverfolgung vorläufig unmöglich gemacht wurde. Seine Appellation darf daher nur durch die der Klage untergelegten Thatſachen, nicht durch das Vorbringen neuer Thatſachen oder neuer Beweismittel gerechtfertigt werden [135]), und der Oberrichter hat nur über die Zuläſſigkeit der Ladung zu erkennen, nicht darüber, was in der Sache ſelbſt Rechtens ſein ſoll, in ſo weit hat er vielmehr eine Zurückweiſung an das Untergericht aus-

---

127) Proceßordnung §. 391. 1230. 1237.

128) Proceßordnung §. 718. 961.

129) Gönner, a. a. O. Band I. S. 167. III. S. 142. Linde, Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln. Band I. S. 94. II. S. 351.

130) Proceßordnung §. 391, 1175. Nr. 1. Geſetz vom dritten Auguſt 1837. Art. 3. 4. das Geſetz vom 6. März 1845. §. 53 geht noch weiter.

131) Proceßordnung §. 359, 391, 703, 729, 741.

132) Proceßordnung §. 719. Geſetz vom 3. Auguſt 1837. Art. 4, 8. Bericht der Commiſſion der II. Kammer vom Jahr 1837. Landſtändiſche Verhandlungen. Beilagenheft 4. S. 275.

133) Geſetz vom 3. Auguſt 1837. Art. 3.

134) Proceßordnung §. 1230.

135) Proceßordnung §. 1233.

Digitized by Google

zuſprechen. Nur wo der erſte Richter verfügte, daß die Klage nicht ſtatt habe, gilt in letzterer Beziehung eine Ausnahme, weil damit dem Kläger der Streitgegenſtand unter allen Umſtänden aberkannt, ſomit in der Ladungsverſagung ein Endurtheil enthalten iſt; in dieſem Falle wird die Sache vor dem Obergerichte verhandelt und entſchieden [136]) Wird die Ladungsverſagung des erſten Richters vom Oberrichter beſtätigt, ſo iſt auch darauf Rückſicht zu nehmen, daß Rechtsſtreitigkeiten ein Ende nehmen, und die Beſtätigung hat zum Vortheile des Beklagten gegen den Appellanten die Kraft und Wirkung eines Urtheiles [137]); es laufen vom Tage der Verkündung die Nothfriſten der Oberappellation, wenn die ſonſtigen Vorausſetzungen vorhanden ſind, oder es tritt die Rechtskraft ein.

In Vergleichung des badiſchen Rechtes mit dem gemeinen deutſchen laſſen die Ergebniſſe der bisherigen Erörterungen in Folgendem ſich zuſammenſtellen. Bei der Frage, in wiefern richterliche Ausſprüche in Rechtskraft erwachſen oder der Anfechtung durch ein Rechtsmittel empfänglich ſind, unterſcheidet die badiſche Proceßordnung abweichend vom gemeinen Rechte bloß zwiſchen Urtheilen und proceßleitenden Verfügungen. Zu den letzteren rechnet ſie die abſchlägigen Dekrete, hebt aber ſorgfältig wieder diejenigen heraus, welche ausnahmsweiſe in Rechtskraft übergehen, und gelangt ſo einfach zur Entſcheidung der Streitfrage des gemeinen Proceßrechtes, ob und wie weit gegen Interlokute Rechtsmittel zuläſſig ſind. Die Verſagung der Ladung auf die Klage insbeſondere fällt in die Reihe der richterlichen Verfügungen; gegen die Verwerfung angebrachtermaßen hat nur Beſchwerdeführung ſtatt, ſonſt aber Appellation. Wird eine Klage nach erhobener Vernehmlaſſung dahier oder zur Zeit abgewieſen, ſo iſt dieß ein Urtheil, welches den gewöhnlichen Rechtsmitteln unterworfen iſt.

Ant. Mayer.*)

136) Proceßordnung §. 1236. Geſetz vom dritten Auguſt 1837. Art. 4.

137) Proceßordnung §. 1237.

*) dermalen Hofrath und Profeſſor des badiſchen Landrechts und Civilproceſſes zu Freiburg.

II.

Anfrage über den Sinn des L. R. S. 1319.

Der zweite Satz dieſes Artikels des code civil ſagt aufs Klarſte, daß er unter plainte en faux principal die Anklage im Weg der Criminalprocedur verſtehe.

Unſer Text, welcher nach dem erſten Einführungsedict allein Kraft haben ſoll, ſpricht aber nicht von einer Anklage, ſondern von einer Klage auf die Falſchheit einer Urkunde.

Dem Wortlaut nach geſtattet ſomit dieſer Landrechtsſatz eine ſelbſtſtändige Civilklage auf Nichtigerklärung einer öffentlichen Urkunde.

Dafür, daß dieſes Geſetz ſo verſtanden werde, wie es lautet, ſpricht zuvörderſt die Interpretationsregel, daß man ſich bei der Auslegung zunächſt an den Wortlaut zu halten habe, wenn dieſer einen zuläſſigen Sinn gibt. Daß dieſes Verſtändniß an ſich zuläſſig iſt, kann man nicht bezweifeln.

Es wurde ſchon manchmal darüber geklagt, daß der Beweis zum ewigen Gedächtniß nur bei dem Beweis durch Zeugen zugelaſſen iſt (vergl. z. B. Annalen v. J. 1838 pag. 173) und deſſen Ausdehnung auf andere Beweismittel verlangt.

Wenn nun dieſe Ausdehnung an ſich wünſchenswerth erſcheint, ſo kann man ſagen, daß ſie es gewiß auch hier iſt, beſonders da eine Menge von öffentlichen höchſt wichtigen Urkunden von Leuten zu Stand gebracht werden, bei welchen man nicht immer die nöthigen Bürgſchaften für ſolche Acte findet. — Man denke z. B. an die Urkunden der Pfand- und Gewährgerichte.

Dazu kommt noch, daß das Geſetz in manchen Fällen eine Klage auf die Vernichtung einer öffentlichen Urkunde ausdrücklich geſtattet, L. R. S. 2160.

Auch eine Vergleichung des franzöſiſchen Proceßrechts und der franzöſiſchen Gerichtspraxis ergibt, daß eine ſolche ſelbſtſtändige Klage nichts Widerſinniges hätte — Rogron code de procedure civile expliqué bezeugt am Ende ſeiner Einleitung zu dem XI. Titel des II. Buchs, daß eine Partei, welche kein Intereſſe daran hätte, die Criminalanklage wegen Fälſchung zu veranlaſſen, trotz dem, daß dieſer XI. Titel des code de procedure nur von dem faux *incident* civil handelt, und keine andere Stelle des Geſetzbuchs ausdrücklich eine ſelbſtſtändige Civilklage wegen

Digitized by Google

Fälſchung geſtatte — dennoch eine ſolche Klage ſelbſtändig im Weg der Civilprocedur erhoben werden könne; er fügt noch bei, daß das Wort „incident“ nur deßhalb gewählt ſei, weil die Incidentklage der häufigſte Fall ſei, keineswegs aber, weil damit eine Beſchränkung beabſichtigt worden.

Dieſe Praxis ſcheint auch nach dem Art. 215 des Code de procedure jenem Geſetz, trotz der Worte: signifiée u. ſ. w. im Artikel 214 ganz gemäß zu ſein; denn dieſer Art. 215 zeigt, daß eine Partei die Signification nicht abzuwarten braucht.

Erwägt man nun dies Alles, und daß der Code de procedure ſchon im Jahr 1806 promuligirt war, ſo kann man ſogar als ſehr wahrſcheinlich annehmen, daß bei der Veränderung, welche der Art. 1319 in unſerer Ueberſetzung erlitt, bei der Austilgung jedes Ausdrucks des Urtextes, welcher auf eine peinliche Anklage hinweiſen könnte, und bei der Annahme eines Worts, welches nur die Civilklage bedeutet, unſer Geſetzgeber die Abſicht hatte, die franzöſiſche Praxis, wie ſich ſolche durch den code de procedure inzwiſchen gebildet hatte, geſetzlich zu begründen.

Deſſen ungeachtet iſt dem Quärenten trotz ſeiner ziemlichen Erfahrung kein Fall bekannt, in welchem dieſer L. R. S. in dieſer Weiſe angewendet worden wäre.

Er ſtellt deßhalb an das rechtsgelehrte Publikum die Frage:

Iſt in dem Wort „Klage“ des L.R.S. 1319 die Civilklage oder die Criminalanklage gemeint?

Wenn die Civilklage gemeint iſt, dann dürfte wohl kein Zweifel darüber beſtehen, daß die Diſpoſition des L.R.S. auch auf Privaturkunden analog auszudehnen wäre, da der Umſtand, daß die Privaturkunde durch Abläugnen der Unterſchrift beſeitigt werden kann, den Fall nicht ändert, weil gerade die Falſchheit viel häufiger in der Urkunde ſelbſt als in der Unterſchrift ihren Sitz hat.

Auch der Umſtand, daß die franzöſiſche Notariatsurkunde executoriſch ſein kann, während dies eine badiſche öffentliche Urkunde, und noch mehr eine Privaturkunde niemals iſt, dürfte nicht entſcheiden, denn wenn auch die Frage des vorläufigen Vollzugs von der Anſtellung der Klage in dieſem oder jenem Weg abhängen ſoll, ſo iſt doch nicht möglich darzuthun, daß den Geſetzgeber nur dieſe Folge beſtimmt habe, eine Klage zu geſtatten, und theilweiſe iſt jener Mangel in Betreff der executoriſchen Clauſel öffentlicher Urkunden durch den 33. Titel unſerer Proceßordnung ſo ziemlich erſetzt.

Keller.

Antwort der Redaction.

Man wird vor Allem ins Auge faſſen müſſen, daß zur Zeit der Einführung des Code civil in Frankreich für Straſſachen das Anklage-Verfahren ſchon beſtand, während bei uns das Unterſuchungsverfahren bis jetzt noch ſtattfindet; indem durch dieſe Betrachtung die Verſchiedenheit in der Ausdrucksweiſe des Urtextes und der officiellen Ueberſetzung einigermaßen erklärt wird.

Für die Annahme, daß in der badiſchen Ueberſetzung wirklich die Civilklage gemeint ſei, ſpricht namentlich 1. der Wortlaut des Landrechtſatzes 1319 „wo eine Klage ꝛc.“ im Gegenſatz des anderen Falles, wo die Urkunde vertheidigungsweiſe als falſch angegriffen wird. Die Behauptung, daß die producirte Urkunde falſch oder verfälſcht ſei, iſt als Beweiseinrede anzuſehn und zu behandeln, wenn nicht entweder der Product aus zureichenden Gründen auf Einleitung einer Unterſuchung im Wege des Strafproceſſes anträgt oder das Gericht von Amtswegen ſolche Einleitung beſchließt oder veranlaßt. Proceßordnung §. 453 und 454. — 2. der §. 9 des Strafedicts, welcher die peinliche Anklage aus Privatintereſſe geſtattet, ſo fern nicht Grund vorhanden iſt, ſchon von Amtswegen einzuſchreiten, §. 6 ibid. verglichen mit §. 454 der Proceßordnung. Man könnte vielleicht auch noch die Analogie des Landrechtſatzes 1180 herbeiziehen, um die Statthaftigkeit der Civilklage auf Annullirung einer falſchen oder verfälſchten Urkunde anſchaulich zu machen. Man denke ſich zu dieſem Zwecke folgenden Fall. Es iſt Jemand leicht im Stande, die Falſchheit oder Verfälſchung einer Urkunde, welche gefertigt wurde, um gewiſſe Rechte oder Anſprüche gegen ihn zu beweiſen, bei ſeinen Lebzeiten in rechtliche Gewißheit zu ſetzen, während es ſeinen Erben, wenn die Urkunde erſt gegen dieſe geltend gemacht wird, wegen Unbekanntſchaft mit den obwaltenden Verhältniſſen ſchwer oder unmöglich ſein könnte, den gleichen Beweis zu liefern.

Sollte hier der Gefährdete nicht berechtigt ſein, den ihm oder ſeinen Erben drohenden Nachtheil durch eine Klage abzuwenden, beſonders dann, wenn er ſich weder

Digitized by Google

mit einer Beweisantretung zum ewigen Gedächtniß, noch mit einer Provocation, noch mit einer Klage auf Herausgabe oder Vorlage der Urkunde (Tit. 23, 37 und 38 der Proceßordnung) helfen kann und den Weg der Denunciation nicht betreten will? Iſt er, wie uns ſcheint, nicht gehalten, in Geduld zu ſtehen, bis von der falſchen Urkunde wirklich Gebrauch gemacht wird, um ſich dann einredend dagegen zu ſchützen, ſo muß ihm das Recht zuſtehen, vor dem Civilrichter klagend aufzutreten.

D. R.

III.

Zur Auslegung des §. 66 unſeres Strafedicts.

Ein junger Purſche war wegen Brandſtiftung und dadurch herbeigeführter Tödtung zweier Kinder zum Tode verurtheilt, wogegen er den Recurs zum Recht ergriff. Da die Gerichtsärzte, obwohl ſie den Cauſalnexus zwiſchen den durch Brand erlittenen Beſchädigungen und dem Tode der Kinder ausdrücklich anerkannten, die Verletzungen nur für zufällig tödtlich erklärt hätten, ſo entſtand bei der Berathung in zweiter Inſtanz die Frage: ob dieſer Ausſpruch dem Verbrecher nach §. 72 des Strafedicts gegen die ordentliche Strafe zum Schutz dienen könne? Hierüber iſt in den oberhofgerichtlichen Entſcheidungsgründen bemerkt: die Beſtimmung des §. 72 könne ſchon nach den allgemeinen Regeln der Interpretation auf die im §. 66 enthaltene ſpecielle Strafbeſtimmung für den Mordbrand eben ſo wenig als auf den Raubmord angewendet werden. Eine ſolche analoge Anwendung auf den Mordbrand ſei aber auch noch insbeſondere durch die Beſtimmung des §. 66 ausgeſchloſſen, daß die Todesſtrafe ſchon dann eintreten ſoll, wenn die durch Brand verletzte Perſon, ohne zu ſterben, nur bleibenden Schaden an der Geſundheit erleide." Bei der Brandſtiftung wird es eben ſo wenig als ein Milderungsgrund anzuſehen ſein, wenn das Feuer vor ſeinem Umſichgreifen möglicherweiſe hätte gelöſcht werden können, denn wer ſich einmal dieſes gefährlichen Elementes zur Anzündung der im §. 66 bezeichneten Gegenſtände bedient, der muß, weil es nicht mehr in ſeiner Gewalt liegt, den Verheerungen des Feuers Einhalt zu thun, für alle Folgen einſtehen, dies um ſo mehr, als ſie der gemeinſte Verſtand leicht vorherſehen kann.

D. R.

IV.

Muß die Anerkennung einer mit Beſchlag belegten Forderung auch den urſprünglichen Rechtstitel enthalten, wenn daraus gegen den anerkennenden Schuldner, bei welchem der Beſchlag erkannt iſt, ein Klagrecht geltend gemacht werden will?

Proceßordnung §. 1016.

Dieſe Frage iſt von großer practiſcher Wichtigkeit, indem bekanntlich in den meiſten Anerkenntniſſen von Seiten der Schuldner, bei welchen Arreſt angelegt wird, die Angabe des urſprünglichen Rechtstitels ihrer Schuld fehlt.

Ich erlaube mir daher, eine gerichtliche Entſcheidung über dieſe Frage, ſo wie meine Anſicht darüber mitzutheilen.

A hatte gegen B eine Forderung eingeklagt und im Vollſtreckungswege bei C einen Beſchlag auf ein im Stück genau bezeichnetes Leibgeding erwirkt, welches C an Martini 1845 dem B zu leiſten ſchuldig war. Dem C wurde die Beſchlagsverfügung zugeſtellt und auf Veranlaſſung des A anerkannte C urkundlich die Richtigkeit der bei ihm mit Beſchlag belegten Leibgedingsſchuld, einen Theil dieſer Schuld anerkannte er ſogar in der Eingabe, mit welcher A den Beſchlag nachſuchte.

Dem A wurde ſofort die Leibgedingsforderung an Zahlungsſtatt zugewieſen, und C auch hievon benachrichtiget. *)

*) Wie der L. R. S. 1337 auf den vorliegenden Fall zur Anwendung gebracht werden konnte, iſt ſchwer zu begreifen, da durch das bisherige Verfahren die Schuld des B an A und jene des C an B richtig geſtellt und zugleich entſchieden war, daß C an A ſtatt an B zahlen ſoll. Wenn nun C auf Anforderung des A nicht zahlte, ſo hatte letzterer weiter nichts zu thun, als unter Bezug auf die actenmäßigen Vorgänge um Vollſtreckung gegen C anzurufen. Bei dieſer Lage der Sache war die Frage: ob B wirklich Schuldner des A ſei? zwiſchen dieſem und C ſo wenig auszutragen als die andere: aus welchem Titel C dem B ein Leibgeding ſchulde? weil ſonſt in der That die vorausgegangenen Verhandlungen zwiſchen allen drei Betheiligten ganz zwecklos geweſen ſein würden. Es handelte ſich nicht mehr um die Richtigkeit, ſondern lediglich um die Einbringlichkeit der bei C ausſtehenden Forderung, gegen welchen — wenn wir nicht ſehr irren — auf Antrag des A ohne weiters der Zugriff hätte verfügt werden ſollen, weil durch ſeine (dem §. 1016 Nr. 2 der Proceßordnung gemäß) bei Gericht abgegebene Erklärung feſtgeſtellt

Als A. von C. das zugewieſene Leibgeding nicht erhalten konnte, trat er gegen dieſen klagend auf und führte zur Begründung ſeiner Klage das oben Geſagte umſtändlich an.

Allein ſowohl der Richter erſter Inſtanz, als das durch Berufung angegangene Hofgericht verſagte die Ladung.

Als Entſcheidungsgrund dafür wurde geltend gemacht, daß Kläger ungeachtet einer noch beſonders an ihn ergangenen richterlichen Aufforderung das **Rechtsverhältniß** nicht angegeben habe, auf welches ſich die von dem Beklagten anerkannte Leibgedingsforderung gründe, indem das bloße Anerkenntniß einer, wenn auch gerichtlich zugewieſenen Forderung nach L. R. S. 1337 keinen Rechtstitel abgebe, wenn dieſer in dem Anerkenntniß ſelbſt nicht enthalten ſei.

Dieſe Anſicht halte ich jedoch bei Anerkenntniſſen über gerichtlich zugewieſene Forderungen für unrichtig.

Es kann mit Grund nicht beſtritten werden, daß, wenn nach §. 1016 der Proceßordnung ein Arreſtbefehl erlaſſen iſt, wenn der Schuldner, bei dem der Arreſt angelegt wird, die Richtigkeit und Größe der mit Arreſt belegten Forderung anerkennt, und wenn ſofort die Forderung an Zahlungsſtatt zugewieſen iſt. — Der Arreſtkläger dadurch ein vollſtändiges Forderungsrecht gegen dieſen Schuldner erlangt.

Die ſtrittige Frage dabei bliebe daher nur die, ob in der Anerkennung der mit Beſchlag belegten Forderung auch des urſprünglichen Rechtstitels derſelben gedacht ſein muß, wenn auf das Anerkenntniß hin der Schuldner belangt werden will.

Ich glaube nicht.

Denn für's erſte ſagt der §. 1016 Nr. 2 der Proceßordnung, daß ſich der Schuldner nur über die **Richtigkeit** und **Größe** der mit Beſchlag belegten Forderung zu erklären habe.

Die Anerkennung eines Rechtstitels iſt ſohin dabei nicht vorgeſchrieben.

Will man nun aber etwa dagegen einwenden, daß bei jeder Forderung, die gerichtlich geltend gemacht wird, auch der Rechtstitel angegeben werden müſſe, ſo iſt dies im Allgemeinen ganz richtig; allein alsdann darf man nicht vergeſſen, daß ein Arreſtbefehl, eine Zahlungszuweiſung, gleich einem Urtheil ein für ſich vollkommener Rechtstitel iſt, ſobald der Schuldner, bei dem der Arreſt angelegt würde, den Arreſtbefehl, beziehungsweiſe die darin bezeichnete Schuld dem Arreſtkläger gegenüber anerkannt hat.

Der richterliche Beſchlag auf eine Forderung und noch mehr die Zuweiſung derſelben ſetzt die Begründetheit der Forderung, abgeſehen von ihrem Beweiſe, nothwendig voraus, indem der Richter keine Forderung mit Beſchlag belegen, oder zuweiſen darf, die er nicht für begründet hält; durch das auf den Beſchlag oder die Zuweiſung erfolgte Anerkenntniß wird deßhalb vollſtändig der Beweis für die durch den Beſchlag beziehungsweiſe Zuweiſung als begründet erkannte Forderung geliefert. Das Forderungsrecht beruht ſonach nicht auf der Anerkennung ſondern auf der richterlichen definitiven Zuweiſung einer durch Anerkenntniß erwieſenen Forderung.

Wollte man aber die Sache als zweifelhaft anſehen, ſo mußte der Richter in dem vorliegenden Falle ſtatt einer allzuſtrengen Auslegung des Geſetzes, die Billigkeit eintreten laſſen. Der Unterrichter ſelbſt ſagt in ſeinen Entſcheidungsgründen, daß die Sache Gegenſtand einer Streitfrage ſei; er ſelbſt hatte auch den Beſchlag und die Zahlungszuweiſung der von dem Beklagten anerkannten Forderung verfügt, alſo damit ſelbſt die Begründetheit der Forderung anerkannt; ſowohl in dem Arreſtbefehl als in der Zahlungszuweiſung, ſo wie in der darauf gegründeten Klage, war auch wenigſtens dem weſentlichſten nach, der Rechtstitel angegeben, es würde nämlich überall geſagt, daß die Schuld aus **Leibgeding** herrühre, alſo mit andern Worten: „aus einem bedungenen Aushalt; es lag ſomit, der anerkannten Forderung jedenfalls eine, wenn auch etwas allgemein angegebene, erlaubte Vertragsurſache zum Grunde. Um ſo mehr hätte deßhalb der Richter aus allen dieſen Rückſichten und da Kläger mit ſeiner Forderung im beſten Rechte war, für die, das materielle Recht ſchützende Anſicht ſich ausſprechen ſollen; allein der Conſequenz wegen, nämlich weil der Richter in andern ähnlichen Fällen ebenſo entſchieden haben will, mußte der Kläger abgewieſen werden, ohne daß man den Beklagten, der ſeine unzweifelhafte Schuldigkeit einbekannt und die Abweiſung des Klägers nicht begehrt hätte, über die Klage hörte.

Möchte die Zeit nicht mehr ferne ſein, wo das materielle Recht durch eine unheilvolle Controverſenſucht nicht mehr gefährdet iſt, wo überhaupt einmal das alte Sprüchwort: „das Recht hat eine wächſerne Naſe" aufhören wird.

Weber. *)

---

war, daß er Schuldner des B iſt, für welchen zu zahlen ihn das Gericht bereits angewieſen hatte.

Auf der einen Seite iſt nun dem C die Zahlung an B unterſagt und auf der andern dem A das Forderungsrecht gegen C abgeſprochen, woraus ſich das Facit ergibt, daß C das ſchuldige Leibgeding in der Taſche behalten darf. D. R.

*) Advocat in Heidelberg.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 43. Karlsruhe den 24. October 1846.

I.

Rechtsfall.

Frage I.

Unter welchen Umſtänden tritt die Befugniß des Forſtgerichts ein, einen den Werth von 1 fl. nicht überſteigenden Holzdiebſtahl als Forſtfrevel zu beſtrafen? (§. 10 des Geſetzes vom 6. März 1845. Regierungsblatt Nr. VI. Zuſatz zu §. 172 des Forſtgeſetzes.)

Frage II.

Können auch ordentliche Strafgerichte, an welche in Folge der eigenen Ablehnung des Forſtgerichts die Sache wegen Diebſtahls kommt, dennoch wegen Forſtfrevels erkennen?

L. Sp. lediger 33 Jahre alter Taglöhner von Sch., wegen zweiten Diebſtahls ſchon beſtraft und als ein arbeitsſcheuer, lüderlicher Menſch beleumundet, wurde unterm 5. März l. J. angezeigt, 6—8 buchene zugerichtete Scheiter von einer Holzbeuge im Walde des Hofbauern H. von Sch. entwendet zu haben.

Bei der hierauf vom Amte L. gegen L. Sp. wegen dritten Diebſtahls eingeleiteten Unterſuchung ergab ſich gegen dieſen der Beſitz dreier der entwendeten Scheiter, pr. Stück 6 kr. werth, die er theilweiſe zu Lichtſpänen verarbeitet und dieſe verkauft hatte und noch weiter, daß er ſeinem Dienſtherrn einbekannte, das fragliche Holz im Walde des H. entwendet zu haben und daß er einem Dritten unter gleichem Bekenntniß den Vorſchlag machte, er ſolle mit ihm gehen und auch ſolches Holz holen.

Nach geſchloſſener Unterſuchung legte das Amt die Unterſuchungsakten mit den Vorakten dem Großherzoglichen Hofgericht des Mittelrheinkreiſes zur Entſcheidung vor, weil daſſelbe annahm, es liege ein dritter Diebſtahl vor.

Das Großherzogliche Hofgericht gab aber dem Amte die Akten mit folgendem Erlaß zur eigenen Aburtheilung zurück.

„In Erwägung, daß durch den §. 10 des Geſetzes vom 6. März 1845 (Regierungsblatt vom 13. März 1845. Nr. VI.) der §. 172 des Forſtgeſetzes vom Jahr 1833 den Beiſatz erhielt, daß, wenn der Werth des Entwendeten die Summe von 1 fl. nicht erreicht, das Forſtgericht nach Umſtänden berechtigt ſei, die That als einfachen Forſtfrevel zu beſtrafen;"

„In Erwägung, daß weder die Umſtände des Falles, noch der Werth des Diebſtahlsobjekts, welcher den Betrag von einem Gulden nicht erreicht, die forſtgerichtliche Competenz zur Aburtheilung dieſes Vergehens ausſchließen" wird erkannt:

„daß kein Grund zur Fällung eines obergerichtlichen Erkenntniſſes vorhanden ſei."

Hiemit wurden die Akten mit dem Anfügen zurückgeſchickt, daß dem Amte das Erkenntniß überlaſſen werde.

Das Amt hielt aber dafür, daß hier die Vorſchrift des §. 10 des allegirten Geſetzes nicht anzuwenden ſei, legte ſeine Akten dem Großherzoglichen Hofgerichte wieder vor und führte in dem Einbegleitungsberichte ſeine Unzuſtändigkeit zur Aburtheilung in Folgendem aus:

Beſagte Geſetzesſtelle ſagt wörtlich:

„Ueberſteigt jedoch der Werth des Entwendeten nicht die Summe von einem Gulden, ſo iſt das Forſtgericht nach Umſtänden (namentlich wenn nur Abholz, Wellen, Reißig oder geſammelte Forſtnebenpro-

Digitized by Google

dukte entwendet worden ſind) berechtigt, die That als einfachen Forſtfrevel zu beſtrafen.“

Dieſe vom beſtehenden Geſetz wegen Diebſtahls überhaupt weit abweichende Beſtimmung — ein Ausnahms-Geſetz, das ſtreng auszulegen iſt — ſagt deutlich, daß das Forſtgericht die einzelnen Umſtände zu erwägen hat und nur unter gewiſſen Umſtänden berechtigt ſei, das Erkenntniß, das ihm ſonſt hierüber nicht zuſteht, an ſich zu ziehen.

Die zu prüfenden Umſtände hat das Geſetz theils beiſpielweiſe ſelbſt genannt (wenn Abholz ꝛc.), theils die Beurtheilung derſelben dem Forſtgericht überlaſſen.

Dieſes wird aber ſolche Umſtände nur da annehmen dürfen, wo allgemeine Milderungsgründe als z. B. Armuth und Noth des Thäters, große Theurung des Holzes und ſtrenge Winterkälte, unverſchuldete Arbeits- und Verdienſtloſigkeit u. ſ. w. vorhanden ſind, oder doch jedenfalls nur dann, wenn jeder Erſchwerungsgrund fehlt, auch der Diebſtahl nicht ein geſetzlich ausgezeichneter, z. B. ein dritter Diebſtahl iſt; denn es wäre nicht wohl einzuſehen, welche Umſtände das Geſetz der Prüfung des Forſtgerichts überlaſſen wollte, wenn es nicht eben dieſe gemeint hätte.

Im gegebenen Falle nun iſt kein Forſtnebenprodukt, Abholz ꝛc., ſondern das beſte Walderzeugniß, buchenes Scheiterholz, entwendet.

Es iſt nicht ein einziger Milderungsgrund vorhanden, denn Inculpat iſt ledig, taglöhnt bei Bauern, hat Wohnung, Koſt, Licht und Ofenwärme bei dieſen, ebenſo wenn anders er arbeiten will, einen ſchönen Verdienſt zu Anſchaffung ſeiner übrigen Bedürfniſſe.

Dagegen ſind viele Erſchwerungsgründe vorhanden.

Inculpat hat das Holz entwendet, um ſolches zu Spänen zu verarbeiten und dieſe oder auch das Holz zu verkaufen (§. 169 a. des Forſtgeſetzes), er hat es morgens vor Sonnenaufgang geholt (§. 149 a.) und einen Dritten zu gleichem Vergehen verleiten wollen. Zudem iſt Inculpat wegen Diebſtahls ſchon zweimal beſtraft und es liegt ſomit dritter Diebſtahl gegen ihn vor.

Den Inculpaten träfe nach §. 169 a. und 138 des Forſtgeſetzes, wenn man ſeine That als einfachen Forſtfrevel behandelte, ein Tag Arreſt, ſonſt aber wenigſtens zwei Jahre Zuchthaus! Schon dieſer ungeheure Unterſchied ſpricht dafür, daß qualifizirte Diebſtähle nicht unter den allegirten Art. 10 fallen können.

Das beſagte Geſetz hat aber auch dem Forſtgerichte allein überlaſſen nach Erwägung der Umſtände eine Holzentwendung unterm Werth von einem Gulden als Forſtfrevel zu beſtrafen; dieſes allein kann daher über ſeine Zuſtändigkeit erkennen und muß, da das fragliche Geſetz ein Ausnahmsgeſetz iſt — auch ſolches nur auf die leichteſten Vergehungen dieſer Art anwenden.

Wir erkennen uns deßhalb für unzuſtändig u. ſ. w.

Hierauf nun erfolgte ein hofgerichtliches Urtheil, welches den L. Sp. der Entwendung von einigen Scheiter buchenen Holzes im ungefähren Betrag von 48 kr. und des dadurch verübten Forſtfrevels für klagfrei erklärte und iſt in den Entſcheidungsgründen hinſichtlich der Zuſtändigkeit ſich kurz auf die landesherrliche Verordnung vom 21. Auguſt 1813 Regierungsblatt Nr. 26. Seite 161 ff. bezogen.

Wünſchenswerth wäre es geweſen, wenn das Großherzogliche Hofgericht ſich auch darüber ausgeſprochen, warum es im gegebenen Falle die Umſtände, von denen der Art. 10 l. c. ſpricht, als vorhanden annahm; allein die Entſcheidungsgründe ſchweigen gänzlich hierüber.

Meiner Anſicht nach iſt aber kein ſolcher dem Art. 10 l. c. zu unterſtellender Fall vorhanden.

Die Großherzogliche Regierung hat in ihrer Begründung des Geſetzentwurfs über die Abänderungen mehrerer Beſtimmungen des 3. Theils des Forſtgeſetzes vom 15. November 1833 zu Art. 10, der oben im amtlichen Bericht wörtlich aufgeführt iſt, geſagt:

„der §. 172 des Forſtgeſetzes enthält eine Beſtimmung, welche in manchen Fällen außerordentlich hart erſcheint, weil alle Entwendungen ohne Rückſicht auf den Werth des Entwendeten als gemeiner Diebſtahl beſtraft werden ſollen.

Der Entwurf unſeres neuen Strafgeſetzes (§. 360) geht nicht ſoweit, er läßt die Entwendungen von Feld- und Gartenfrüchten, die noch nicht eingebracht ſind und deren Werth den Betrag von 1 fl. nicht überſteigt, nicht als Diebſtahl, ſondern als Feldfrevel beſtrafen.

In ähnlicher Weiſe wird daher eine Milderung durch den Beiſatz zum §. 172 vorgeſchlagen.“

(Beil. Heft II. der erſten Kammer von 1843/44 S. 38.)

Hiemit erklärten ſich die Comiſſionen und beiden Kammern ohne Diskuſſion einverſtanden.

Digitized by Google

Schon aus den Worten: „in manchen Fällen“, dann aus der Beziehung auf die Feldfrevel, endlich aus den Worten: „in ähnlicher Weiſe“ geht hervor, daß der Geſetzgeber nicht die Abſicht hatte, *jede* Entwendung von Forſtprodukten unter 1 fl. Werth, als Forſtfrevel behandelt zu wiſſen. Er ſagt ja ſelbſt, daß der Grund und Zweck ſeines Zuſatzes nur in *manchen* Fällen vorhanden iſt; durch die Beziehung auf Feldfrevel ſchließt er ebenfalls nicht Ausnahmsfälle aus, indem der hievon handelnde §. 397 des neuen Strafgeſetzes ſelbſt einen ſolchen anführt, und die Worte: „in ähnlicher Weiſe“ deuten beſtimmt darauf hin, daß er die Holzentwendungen nicht gerade *ganz gleich* mit denen von Garten- und Feldfrüchten behandeln wollte.

Die Faſſung des Art. 10 ſelbſt läßt aber hierüber gar keinen Zweifel, da dort ausdrücklich dem Forſtgerichte die Prüfung der Umſtände des einzelnen Falles überlaſſen iſt.

Welche Umſtände aber zu berückſichtigen und daß keine ſolche im oben mitgetheilten Rechtsfalle vorhanden ſind, ſcheint mir in dem amtlichen Berichte ſchon hinlänglich nachgewieſen und will ich nur folgende Betrachtung noch beifügen.

Durchgreifender Grundſatz der neuen Abänderung des Forſtgeſetzes iſt es, die Frevel aus Erwerbſucht und Gewohnheit von denen aus Noth in der Art zu unterſcheiden, daß dort höhere, hier geringere Strafen gedroht werden. Die Erwerb- und Gewohnheitsfrevel ſind als *ſchwere* Forſtvergehen dem *einfachen* Frevel gegenüber geſetzt. (Art. 9.) Beim Erwerbfrevel insbeſondere treten die meiſten Aehnlichkeiten mit Diebſtahl, namentlich die gewinnſüchtige Abſicht, in verſtärktem Maße zu Tage und müſſen hier alle Rückſichten der Milde wegfallen.

Dieſes iſt im Comiſſionsbericht der II. Kammer ausführlich auseinander geſetzt und waren hierin beide Kammern mit der Großherzoglichen Regierung einverſtanden.

Wenn nun beim ſ. g. Erwerbsfrevel dieſe Rückſichten eintreten, ſo müſſen ſolche gewiß auch im erhöhten Maße bei Entwendungen von aufgemachtem Holz zum Verkehr anſchlagen.

Auch bei ihnen können keine Rückſichten der Milde beſtehen, alſo auch nicht die milde Beſtimmung des Art. 10 auf ſie angewendet werden.

Daß dieſes Abſicht des Geſetzgebers war, geht ſonnenklar aus dem Art. 10 ſelbſt hervor in den Worten: „als einfachen Forſtfrevel.“ Nur Entwendungen, die, wären ſie Forſtfrevel, einfache Forſtfrevel wären, fallen unter Art. 10; nicht aber ſolche, welche, wären ſie Forſtfrevel, *ſchwere* Forſtvergehen wären, wie Erwerbs- und Gewohnheitsfrevel. — Da im gegebenen Falle aber zugeſtanden, auch erwieſen iſt, daß L. Sp. das entwendete Holz zu Lichtſpähnen verarbeitete und ſolche verkaufte, ſo durfte auch nach obiger Ausführung der beſagte Art. 10 auf ihn nicht angewendet werden.

Dabei wirft ſich aber auch die zweite Frage auf:

Konnte, wenn auch wirklich die Erforderniſſe des Art. 10 vorhanden geweſen wären, das Großh. Hofgericht hierüber erkennen?

Gegen die bejahende hofgerichtliche Entſcheidung dürfte ſich aber einwenden laſſen:

Die beſagte Geſetzesſtelle verfügt ausdrücklich:

„das *Forſtgericht iſt nach Umſtänden berechtigt* ꝛc.“, alſo überläßt ſie ausdrücklich und allein dieſem, ob es nach Umſtänden von der Regel abgehen und einen Straffall in ſein Bereich ziehen will, der ſonſt nicht dahin gehört.

Macht daſſelbe nun im einzelnen Falle keinen Gebrauch davon, weil nach ſeinem Ermeſſen die Umſtände nicht darnach ſind, ſo weist es die Sache an den Strafrichter.

Iſt der Angeſchuldigte mit der Ueberweiſung an den Strafrichter nicht zufrieden, ſo hat er gegen die Ueberweiſungsverfügung des Forſtgerichts zu rekurriren und geht der Rekurs an Großherzogliche Kreisregierung (§. 214 des Forſtgeſetzes).

So lange eine Abänderung im Rekurswege nicht erfolgt iſt, muß der forſtgerichtliche Beſchluß aufrecht bleiben. *)

---

*) Sowohl im §. 214 des Forſtgeſetzes als im Art. 15 der Novelle von 1845 iſt mit ausdrücklicher Bezugnahme auf den §. 200 des Erſteren nur von dem Recurs gegen forſtgerichtliche Erkenntniſſe *in der Sache ſelbſt* die Rede, wie aus dem Wortlaut dieſer Stellen überhaupt und insbeſondere daraus erhellt, daß der Recurs unter Anderen dem *Verurtheilten* und *Haftbarerklärten* an die Kreisregierung geſtattet iſt.

Von einem Recurs gegen die Verfügung, wodurch das Forſtgericht die Sache an den Strafrichter verweist, findet ſich keine Spur. Die Beſtimmungen, welche der §. 209 der neuen Strafproceßordnung enthält, ſind hierher nicht einmal analog anwendbar.

Dennoch begründet jene Verfügung, wie ſich weiter unten ergeben wird, die *Zuſtändigkeit* des Strafrichters in der Weiſe, daß er jedenfalls, auch wenn ſeine Anſicht von der Sache mit der des Forſtgerichts nicht übereinſtimmen ſollte, das Urtheil geben muß.

D. R.

Digitized by Google

Der Strafrichter, dem nun die Sache zum Erkenntniß wegen Diebſtahls vorgelegt wird, muß dieſen Beſchluß anerkennen, es ſteht ihm keine Abänderung deſſelben zu, weil die Sache polizeilicher Natur, auch vom zuſtändigen Forſtgericht ſchon geprüft und durch eben jenen Art. 10 das Erkenntniß dem Forſtgericht allein zugewieſen iſt.

Im gegebenen Falle hat zwar das Großherzogliche Hofgericht ſeine Zuſtändigkeit auf die landesherrliche Verordnung vom 21. Auguſt 1813 Regierungsblatt Nr. 26. S. 161 und ff. geſtützt.

Ziffer II. 5 jener Verordnung ſagt nun auch, daß: „wo wegen Zweifelhaftigkeit des Maßes der Strafe die Sache von der polizeilichen Behörde an das Hofgericht gewieſen wird, dieſes Erkenntniß geben, aber nicht gehindert ſein ſoll, nach ſeinem Ermeſſen auf eine unter jenem Maß bleibende Strafe zu erkennen.“

Allein ein ſolcher Fall iſt hier gar nicht vorhanden, denn es handelt ſich nicht um das Strafmaß, ſondern um die Qualität des Vergehens ſelbſt und liegt hierüber zudem ſchon das Erkenntniß des zuſtändigen Forſtgerichts vor; es iſt gar nichts mehr in Frage — als die Strafe des Diebſtahls, die aber ja unbeſtritten dem Strafrichter zuſteht.

Zudem ſagt aber dieſelbe landesherrliche Verordnung unter I. 1) daß da, wo ein Spezialgeſetz die Strafbefugniß einer benannten Staatsſtelle zuſpricht, dieſe ihr auch allein zukomme.

Wie oben nun gezeigt iſt, hat gerade §. 10 l. c. dem Forſtgericht die Entſcheidung dieſer Frage zugewieſen, weßhalb ihm auch allein ſolche zuſtehen muß. *)

Der Artikel 10 enthält eine Ausnahme von der Regel, daß jede Entwendung als Diebſtahl beſtraft werden ſoll (§. 172 des Forſtgeſetzes), er iſt tief eingreifend und ſeine richtige Anwendung von großer Wichtigkeit.

Es wird dieſes um ſo mehr einleuchten, wenn man bedenkt, daß dadurch dem Forſtgericht die Befugniß ertheilt iſt, wegen deſſelben Falles auf der einen Seite entweder 15—60 kr. Geld- oder ½—2 Tag öffentliche Arbeit- oder ¼—½ Tag Gefängnißſtrafe ſelbſt zu erkennen, (Zuſatz zu §. 137 des Forſtgeſetzes) oder auf der

---

*) Durch den Art. 10 der Novelle iſt die Competenz des Forſtgerichts dergeſtalt erweitert, daß auch die im §. 172 des Forſtgeſetzes als Diebſtähle characteriſirten Fälle im Betrage unter einem Gulden wie einfache Forſtfrevel beſtraft werden können. Das ältere Geſetz iſt mithin gemildert und dadurch mit den Vorſchriften über die Beſtrafung der Feld- und Gartenfrevel in Einklang gebracht.

Ermißt nun das Forſtgericht, daß die Entwendung von Forſtproducten nicht als bloßer Frevel, ſondern als Diebſtahl zu beſtrafen ſei, ſo verweiſt es das Erkenntniß darüber an den ordentlichen Strafrichter. Aus dieſer Verweiſung folgt aber nicht, daß der Letztere nach der Anſicht des Erſteren entſcheiden muß; das Geſetz will nur möglichen Competenzconflicten zwiſchen den betreffenden Behörden vorbeugen und dafür ſorgen, daß nicht durch das Hin- und Herſchieben einer Sache die Juſtiz ungebührlich verzögert werde. Der Strafeichter darf alſo die an ihn überwieſene Entſcheidung nicht ablehnen oder an das Forſtgericht zurückweiſen. In ſo fern, aber auch nur in ſo fern, iſt die forſtgerichtliche Ueberweiſung für den Strafrichter maßgebend und bindend, beziehungsweiſe die Zuſtändigkeit des letzteren durch das Ermeſſen des Forſtgerichts begründet. Allein dadurch iſt an dem ewigen Geſetze, daß jeder Richter, wie er auch heißen mag, immer nur nach ſeiner Anſicht und Ueberzeugung urtheilen ſoll, nichts geändert. Das Hofgericht war daher in concreto zwar nicht befugt, die Sache an das Amt zurückzuweiſen, wohl aber vollkommen berechtigt, unabhängig von der Anſicht des Forſtgerichts die fragliche Handlung nicht als Diebſtahl, ſondern als Forſtfrevel zu beurtheilen, und demgemäß zu eekennen. Ob das Ermeſſen des Foeſtgerichts oder jenes des Hofgerichts das beſſere war, mag dahin geſtellt bleiben. Nur ſo viel ſei bemerkt, daß es faſt ans' Abſurde ſtreifen würde, wenn man behaupten wollte, das Obergericht wäre durch die forſtgerichtliche Verweiſung in die rechtliche Nothwendigkeit verſetzt worden, jene Entwendung als dritten Diebſtahl abzuurtheilen, ohne ſelbſt peüfen zu dürfen, ob der Thatbeſtand eines ſolchen vorhanden iſt oder nicht.

Es würde auf dieſe Aet dem Beſchluſſe des Forſtgerichts, wodurch ſich daſſelbe im gegebenen Fall für incompetent erklärt, eine eroebitante Wirkung eingeräumt, die ſich mit der Selbſtſtändigkeit und Würde des dadueh zur Entſcheidung berufenen Gerichts nicht verträgt. Der gegen die Anwendbaekeit der Rechtsbelehrung vom 21. Auguſt 1813 erhobene Einwand, daß es ſich in concreto nicht um das Sſrafmaß, ſondern um die Qualität des Verbrechens gehandelt habe — kann wohl dee hofgerichtlichen Entſcheidung um ſo weniger entgegen gehalten werden, als gerade die Strafe, nach Gattung und Maß, von der Qualität des Verbrechens abhängt und die Beurtheilung der letzteren unſtreitig nur dem erkennenden Richter zukommt, deſſen Aufgabe es iſt, den gegebenen Fall unter das Geſetz zu ſubſumiren. S. auch Annalen von 1842. Nr. 2. S. 11 und Nr. 36. S. 257. Gerichtsverfaſſung §. 62. Indeſſen macht die praktiſche Wichtigkeit der aufgeworfenen Fragen weitere Erörterungen um ſo wünſchenswerther, als man gerne anerkennt, daß ſich noch Gründe für und gegen die eine oder die andere Anſicht finden laſſen. D. R.

Digitized by Google

andern Seite durch Ueberweiſung an den Strafrichter im mindeſten Falle 10 Tage Gefängniß und bei drittem Diebſtahl gar zwei Jahre, oder — wenn man der Anſicht iſt, daß auch hier die Quart wegen Holzdiebſtahls hinzugerechnet werden muß — $2^1/_2$ Jahre Zuchthausſtrafe zu veranlaſſen.

(Artikel 73, 77, 84 des Strafedikts. Oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. VII. S. 52.)

Bei der bevorſtehenden Trennung der Juſtiz von der Adminiſtration wird die Frage hinſichtlich der Competenz noch wichtiger, weil ſie häufiger vorkommen wird, da die forſtgerichtlichen Funktionen den Adminiſtrativämtern zuſtehen werden (§. 27 der neuen Gerichtsverfaſſung und §. 3 des Einführungsedikts zum Strafgeſetzbuch, ſowie §. 200 des Forſtgeſetzes).

Dieſes, ſo wie der Umſtand, daß mir der Eingangs erzählte Fall und die angeführte hofgerichtliche Entſcheidung in der Praxis ſelbſt vorkamen, haben mich veranlaßt in dieſem Aufſatze meine der hofgerichtlichen Anſicht entgegenſtehende Meinung darzuthun, welche ich in Beantwortung der an der Stirne des Aufſatzes aufgeſtellten Fragen in Kürze dahin wiederhole:

Zu Frage I.

a) Wenn nur geringere Forſtprodukte als Abholz, Wellen, Reißig oder geſammelte Forſtnebenprodukte entwendet worden ſind;

b) bei Entwendungen von Forſthauptprodukten, als Scheitholz ꝛc. nur dann, wenn beſondere Gründe zur Milde vorhanden ſind; als große Noth und Kälte, Arbeitsloſigkeit u. ſ. w.

c) in allen Fällen aber nur ſo lange, als die That, wenn ſie Frevel wäre, als ein einfacher und nicht etwa als ein Erwerbs- oder Gewohnheitsfrevel angeſehen werden muß;

d) hinſichtlich des Hinzukommens der Erſchwerungsgründe des §. 149 des Forſtgeſetzes dürfte geſagt werden, daß hier lediglich die Umſtände des einzelnen Falles entſcheiden und etwa im Falle a. je nach der Menge und Gewichtigkeit dieſer Erſchwerungsgründe, ſolche die Anwendung des Art. 10 ausſchließen, im Falle b. aber dann, wenn ſie die vorhandenen Milderungsgründe überwiegen.

II. Frage: verneint.

Ich kann keinen Anſpruch auf gründliche und erſchöpfende Löſung der obſchwebenden Fragen machen, da mir zu dieſer Arbeit die nöthige Muße fehlte; ebendeßhalb glaube ich aber Anſpruch auf Nachſicht machen zu dürfen und dieſes um ſo mehr, als nur die Wichtigkeit der Sache mich veranlaſſen konnte, mit dieſem ſchwachen Verſuche erſtmals die Oeffentlichkeit zu betreten.

Wetzel *).

II.

Die Vindication einer beweglichen Sache nach L. R. S. 2279 findet nicht Statt, wenn der frühere Beſitzer ſich mit Wiſſen und Willen ſelbſt des Beſitzes der Sache begeben und ſolchen einem Anderen übertragen hat, d. h. wenn er aus einem Obligationsverhältniſſe, wie z. B. aus einem Miethvertrage klagen kann.

J. G. Oſt von Zürich vermiethete am 20. Dec. 1843 an einen gewiſſen Eduard Gräßer von Mühlhauſen, der ſich dazumal in Zürich aufhielt, ein einſpänniges Fuhrwerk beſtehend in einer Chaiſe mit Pferd und Geſchirr zu einer Reiſe auf einige Tage gegen eine Vergütung von 2 fl. 30 kr. per Tag. Gräßer gab das Fuhrwerk nicht wieder zurück, ſondern ſoll daſſelbe an J. G. Grether in M. verkauft haben. Oſt erhob deßhalb gegen Grether eine Klage auf Herausgabe des Fuhrwerks. Der Unterrichter hielt dieſe Klage in Rechten gegründet, wieß jedoch den Kläger ab, weil der Beweis des Miethvertrages und der Identität des vermietheten ſo wie des an Grether verkauften Fuhrwerks nicht hergeſtellt war. Das Hofgericht des Oberrheinkreiſes beſtätigte den amtlichen Beſcheid durch Urtheil vom 10. Juni d. J., indem der Gerichtshof die Klage als ungegründet anſah.

Die Entſcheidungsgründe lauten:

Die auf den L. R. S. 2279 geſtützte Klage auf Herausgabe eines einſpännigen Fuhrwerks, beſtehend in einer Chaiſe mit Pferd und Geſchirr, ſtellt ſich nach dem eigenen Vortrage des Klägers als ungegründet dar, da er ſelbſt ſagt, daß Eduard Gräßer das angeblich an den Beklagten veräußerte Fuhrwerk von ihm gemiethet gehabt habe. — Denn nach L. R. S. 2279 gilt bei Fahrnißſtücken der Beſitz als Rechtsurkunde und nur Derjenige,

*) Amtsaſſeſſor in Lahr.

Digitized by Google

dem eine Sache verloren ging oder entwendet ward, kann an Jeden, in deſſen Hände er ſie findet, die Rückgabe verlangen. Dieſe Beſtimmung wird zwar mehrfach dahin ausgelegt, daß der Ausdruck: „entwendete Sache" nicht bloß auf die Fälle eines eigentlichen Diebſtahls zu beſchränken, ſondern auch auf die Fälle auszudehnen ſei, wobei durch eine doloſe Handlung des Inhabers, als durch Unterſchlagung, gewinnſüchtige Entäußerung, das anvertraute Gut dem Eigenthümer widerrechtlich entzogen wurde.

Annalen II. S. 96.

Dieſe Auslegung hat aber weder in dem Geſetze noch außerhalb demſelben einen Grund. Sie würde vielmehr in ihren Folgen geradezu den Zweck des Geſetzes, nämlich die Beſchränkung der Zueignungsklage, aufheben. In L. R. S. 2279 wird nämlich als Regel aufgeſtellt, daß der Beſitz bei Fahrnißſtücken als Rechtstitel gilt, und daß ſohin Vindication gegen dieſe unzuläſſig iſt; als Ausnahme aber iſt ſie beibehalten bei verlorenen und entwendeten Sachen. Nach einer bekannten Auslegungsregel ſind nun Ausnahmen von einer allgemeinen Vorſchrift immer ſtrenge zu interpretiren. Es muß daher der Ausdruck „entwendete" Sachen, in der engern Bedeutung eines eigenthümlichen Diebſtahls genommen werden. Und der Ausdruck „entwendet" wird auch nicht nur in der Sprache des gemeinen Lebens, ſondern ſogar in der gerichtlichen Sprache (vergl. L. R. S. 2280) regelmäßig gleichbedeutend mit „geſtohlen und geraubt" gebraucht, und bezeichnet beide Qualitäten mit Ausſchluß der Unterſchlagung. Demnach iſt nach der allein richtigen Anſicht der L. R. S. 2279 dahin auszulegen, daß die allgemeine Regel, wornach bei Fahrnißſtücken der bloße Beſitz die Stelle des endgültig erworbenen Eigenthums vertritt, nur dann eine Ausnahme leidet, wenn der frühere Beſitzer gegen ſeinen Willen aus der Detention der Sache gekommen iſt, was bei Entwendungen im engern Sinne, wie beim Verlieren einer Sache eintritt, daß aber eine Vindicationsklage auf Herausgabe der Sache nicht ſtattfindet, wenn der frühere Beſitzer ſich mit Wiſſen und Willen ſelbſt des Beſitzes begeben und ſolchen einem Andern übertragen hat, d. h. wenn er aus einem Obligationenverhältniſſe, wie z. B. aus einem Miethvertrage klagen kann. Denn nicht die unerlaubte Handlung des Titelgebers iſt der Grund, warum ausnahmsweiſe eine Sache vindicirt werden kann, ſondern darin liegt der Grund der Ausnahme, daß der bisherige Eigenthümer die Sache nicht freiwillig einem Andern überlaſſen hat. Bei der erſtern Unterſtellung würde die Ausnahme zur Regel gemacht, weil Derjenige, welcher eine in fremdem Namen beſeſſene Sache veräußert, gewöhnlich in böſem Glauben iſt, und daher eine unerlaubte Handlung begeht. Dieſe Auslegung findet auch in der Quelle des L. R. S. 2279 ihre weitere Begründung. Die in dieſer Geſetzesſtelle enthaltene Beſtimmung iſt nämlich aus dem altgermaniſchen Rechte entnommen und nach dieſem Rechte war die Vindication beweglicher Sachen beſchränkt, wie durch den Satz „Hand muß Hand wahren — wo man ſeinen Glauben gelaſſen hat, da muß man ihn wieder ſuchen" — ausgedrückt war. Hiernach wurde jede Vindication von Fahrniſſen als Diebſtahlsklage behandelt und fand nur Statt, wenn der Kläger zugleich anführen konnte, daß ihm die Sache durch Raub oder Diebſtahl entzogen worden ſei. — So oft der Beklagte dem Kläger exzipiren konnte, daß der Kläger ſelbſt die Sache freiwillig aus ſeinem Gewahrſam gelaſſen, z. B. die Sache verſetzt oder geliehen habe, fiel die Vindication weg.

Eichhorn, deutſches Privatrecht §. 171.

Mittermaier, deutſches Privatrecht §. 153.

Ueberdieß wird die hier dem L. R. S. 2279 gegebene Auslegung durch die Autorität mehrerer bewährter Rechtslehrer unterſtützt:

Duranton cours T. 11. S. 484.

Troplong, praescription. Nr. 1070.

Zachariä, Handbuch §. 215 a.

Man macht zwar hiegegen geltend, daß eine Aenderung des Urtextes in der Redaktion des L. R. S. 2279 und zwar nach der Erklärung des Redakteurs des Landrechts abſichtlich vorgenommen worden ſei. Allein dieſe Aenderung beſteht nur darin, daß das in dem Originaltexte vorkommende Wort „volé" — in dem Landrechte mit „entwendet" — überſetzt wurde. Damit ſollte aber, wie Brauer ſelbſt geſteht, nichts dem Originale Widerſprechendes oder etwas anderes oder mehr, als dieſes, beſtimmt, feſtgeſetzt, ſondern nur das franzöſiſche Wort ſeinem Sinne gemäß überſetzt werden.

Brauer, Erläut. III. S. 72. IV. S. 345.

Nun aber bezeichnet das franzöſiſche Wort „voler" ge-

Digitized by Google

rade ganz das gleiche, was das deutſche Wort: „entwenden," — nämlich ſo viel, als ſtehlen und rauben. Es kann daher auf die Erklärung Brauers, daß der Ausdruck: „entwenden" — in einem weitern Sinne zu nehmen ſei, als auf einer bloßen Privatanſicht kein weiteres Gewicht gelegt werden, da der Geſetzgeber dieſes ſelbſt weder ausdrücklich, noch ſtillſchweigend zu erkennen gegeben hat *).

Von mehreren Rechtslehrern wird indeſſen die Zuläſſigkeit der dinglichen Klage auf Herausgabe einer Sache arg. L. R. S. 1141 auch auf den Fall ausgedehnt, wenn auch der Eigenthümer des Beſitzes der Sache ſich freiwillig begeben hatte, der dritte Beſitzer aber bei der Erwerbung in dolo war. Abgeſehen jedoch davon, daß dieſe Anſicht nicht unbeſtritten

Zachariä, a. a. O. §. 215 a. Note b.

und jedenfalls nur ſo zu verſtehen iſt, daß der Dritte als Theilnehmer an einer unerlaubten Handlung und vermöge dieſer Theilnahme auf Rückgabe belangt werden kann, ſo liegen hier keine ſolche Umſtände vor, woraus ſich ergibt, daß der Beklagte beim Erwerb des Fuhrwerkes in Gemeinſchaft mit dem Verkäufer auf die Beſchädigung des Klägers ausging. Es iſt durch die vorliegenden Zeugenausſagen nicht dargethan, nicht einmal wahrſcheinlich gemacht, daß dem Beklagten bekannt war, es ſei Eduard Gräßer nicht Eigenthümer des Fuhrwerkes geweſen. Es wird dieſes von dem Kläger nicht einmal behauptet, ſondern nur geſagt, daß Eduard Gräßer, der ſich überhaupt verdächtig benommen, in ſeinen Aeußerungen über das Eigenthum des Fuhrwerkes ſich Widerſprüche habe zu Schulden kommen laſſen, indem derſelbe einmal ſich geäußert, es gehöre ihm, ein andersmal, es gehöre ſeinem Principalen und Aſſocié, aber er habe Vollmacht, es zu verkaufen. Hiemit kann jedoch die Klage auf Herausgabe des Fuhrwerks um ſo weniger begründet werden, als auch nicht darin angegeben iſt, daß jene Aeußerungen in Gegenwart des Beklagten geſchehen ſeien.

Der Kläger iſt demnach durch das unterrichterliche Urtheil nicht beſchwert.

Haager.

*) vergleiche Stabel, Vorträge über das franzöſiſche und badiſche Civilrecht §. 25. D. E.

III.

Anfechtung eines Teſtamentes auf den Grund der Verſtandesſchwäche des Erblaſſers, L. R. S. 901, und der Erſchleichung des Erben durch Liſt und Betrug, L. R. S. 901 a. und b.

Widerruf der Erbeinſetzung wegen Undanks. L. R. S. 1046, 955.

1) Wenn der Erblaſſer in dem Zuſtand von Gemüthsſchwäche, Wahnſinn oder Raſerei ſich befunden hat, iſt das Teſtament nichtig, und es kann von den geſetzlichen Erben auch dann angefochten werden, wenn weder die Entmündigung erkannt oder nachgeſucht war, noch der Beweis der Gemüthskrankheit aus dem Teſtament ſelbſt zu entnehmen iſt. L. R. S. 504 iſt auf Schenkungen und letzte Willensverordnungen nicht anwendbar. *)

Lauckhardt, Rechtsfälle Bd. I. S. 8.
Grenier, traité des donations t. I. Nr. 101, 102.

War der Zuſtand der Gemüthskrankheit ein bleibender, ſo ſpricht die Vermuthung dafür, daß der Erblaſſer auch während der Fertigung des Teſtamentes nicht bei geſundem Verſtande geweſen ſei, und Sache der Einrede oder des Gegenbeweiſes iſt es, darzuthun, daß der Akt in einem lichten Zwiſchenraume vorgenommen worden ſei.

2) Wird ein Teſtament als durch Liſt und Betrug von Seiten des eingeſetzten Erben erſchlichen, angefochten, ſo dürfen alle Umſtände benutzt werden, durch welche die richterliche Ueberzeugung begründet werden kann, daß die angewendeten Künſte und Mittel die Willensfreiheit des Erblaſſers auch wirklich gehemmt und ihn veranlaßt haben, eine ſeiner wahren Abſicht nicht entſprechende letzte Verfügung zu treffen.

Als gewichtige Vermuthungsgründe dieſer Art ſind insbeſondere anzuſehen:

a. die Verſtandesſchwäche des Erblaſſers, indem dieſelbe annehmen läßt, daß er Einflüſterungen leicht zugänglich geweſen ſei, daß die falſchen Vorſpiegelungen und die Verdächtigungen des natür-

*) In gleichem Sinne hat das Großh. Oberhofgericht in Sachen Rindeſchwender gegen Häfelin, Nichtigkeit eines Teſtaments betreffend, unterm 9. Oktober 1846 entſchieden.

Digitized by Google

lichen Erben ihn geleitet haben und daß ſo ſein Wille gefälſcht worden ſei;

b. die Eigenſchaft der eingeſetzten Erbin als Beiſchläferin des Erblaſſers. Wenn auch die alte Regel: „don de concubin à concubine ne vaut“ in das neue Geſetz nicht aufgenommen worden iſt, und Beiſchläferinnen darum nicht erbunfähig ſind, ſo läßt doch dieſes innige Verhältniß unterſtellen, daß es den Willen des Erblaſſers beſtrickt habe, und daß die betrügeriſchen Mittel darum bei ihm Eingang gefunden, ihn geleitet haben;

c. die Pflege des Erblaſſers während ſeiner letzten Krankheit, indem die geſetzliche Vermuthung, daß Krankenpfleger von Profeſſion, falls ſie zu Erben eingeſetzt wurden, ihren Einfluß auf den Kranken mißbraucht haben, hier wenigſtens als richterliche Vermuthung gelten kann.

3) Nur der Krankenpfleger, deſſen Beruf es iſt, Kranken ſeine Dienſte zu widmen, iſt unfähig, aus der letzten Willensverordnung des Kranken einen Vortheil zu ziehen.

4) Der Widerruf der Erbeinſetzung wegen Undanks iſt zuläſſig, wenn auch die von dem Erben angewendeten Mittel den Tod des Erblaſſers nicht wirklich herbeigeführt, deſſen Leben nicht verkürzt haben. Es genügt, daß dieſelben in der Abſicht angewendet wurden, einen ſolchen Erfolg herbeizuführen. Denn der Undank des Erben iſt der Grund des Widerrufs, dieſes iſt aber durch die abſichtliche Anwendung und nicht durch den Erfolg des Mittels bedingt.

Dieſe Grundſätze kamen in nachfolgendem Rechtsfalle zur Anwendung, der, wenn er auch eine Maſſe unſittlicher und empörender Handlungen an das Tageslicht brachte, welche vielleicht beſſer in dem Dunkel des engen Familienkreiſes, in dem ſie vorgefallen ſind, verborgen geblieben wären, doch bei ſeinem reichhaltigen Material einen tiefen Blick in das ganze Treiben ſchmählicher Erbſchleicherei und ſchnöden Undanks gewährt und darum auch in pſychologiſcher Hinſicht Intereſſe darbietet:

Der ledige Georg Sch. von H., ein vermöglicher Bürger und Landmann, hatte durch geſchlechtliche Ausſchweifung und Trunkſucht Geiſt und Körper zerrüttet und litt an der Lungenſchwindſucht. Während ſeiner Krankheit lebte er mit Maria Katharina B., die als Magd in ſeinem Hauſe war, in vertraulichem Verhältniß. Im Sommer 1843 machte er ihr eine Schenkung von 1500 fl., damit ſie ihre bürgerliche Annahme in H. erwirken könne und verſprach ihr die Ehe. Da er um dieſelbe Zeit eine Verſteigerung ſeiner Liegenſchaften ausſchrieb, ſah ſich ſein Bruder veranlaßt, als nächſter Verwandter, auf den Grund von Verſchwendungen und Trunkſucht deſſen Mundtodtmachung zu beantragen. Das Amt ernannte einen fürſorglichen Verwalter, leitete die Unterſuchung ein und erhob zugleich ein Gutachten über den Gemüthszuſtand des Georg Sch. Nach dieſem wurde derſelbe als beſchränkt und durch den Genuß geiſtiger Getränke körperlich und geiſtig deprimirt, jedoch nicht als unfähig erklärt, ſeine Geſchäfte zu beſorgen. Ein Erkenntniß erfolgte nicht, weil Sch. am 17. Oktober 1843, vor Beendigung der Unterſuchung, ſtarb. (Fortſetz. folgt.)

IV.

Zur Erläuterung des §. 702 der Proceß-Ordnung.

Alexander gegen Seeger.

Zur Begründung ſeines Geſuchs um Erlaſſung eines unbedingten Befehls hatte ſich der Kläger auf eine bei dem Amtsreviſorat beruhende öffentliche Urkunde berufen und gebeten, dieſe Urkunde von gedachter Stelle zu requiriren, ſofort auf deren Grund den unbedingten Befehl zu erlaſſen.

Das Untergericht ließ ſich vom Reviſorat die Urkunde vorlegen und entſprach alsdann dem Geſuch in der Hauptſache. Auf Appellation des Beklagten ward in zweiter Inſtanz, unter Aufhebung des amtlichen Beſcheids, jenes Geſuch angebrachtermaßen verworfen, weil mit demſelben die Urkunde nicht zugleich vorgelegt war. Das Großherzogliche Oberhofgericht ſtellte jedoch in Folge der vom Kläger eingeführten Oberberufung den amtlichen Beſcheid wieder her, da der Implorant nach Anleitung des §. 426 der Proceßordnung um Erhebung der fraglichen Urkunde gebeten und das Untergericht erſt nach Vorlage derſelben den unbedingten Befehl ertheilt hatte; daher nichts mehr darauf ankommen konnte, ob die Vorlage von dem Imploranten ſelbſt, oder ob ſie nach ſeinem Antrage von dem Amtsreviſorat bewirkt worden iſt. D. R.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro. 44. Karlsruhe den 31. October 1846.

I.

Anfechtung eines Teſtamentes auf den Grund der Verſtandesſchwäche des Erblaſſers, L. R. S. 901, und der Erſchleichung des Erben durch Liſt und Betrug. L. R. S. 901 a. und b. Widerruf der Erbeinſetzung wegen Undanks. L. R. S. 1046, 955.

(Fortſetzung).

Nach ſeinem Tode fand ſich ein in öffentlicher Form errichtetes Teſtament vom 3. September 1843 vor, in welchem er die Maria B. zur Univerſalerbin eingeſetzt hatte. Sie trat die Erbſchaft an; allein ſchon im November erhob der Bruder des Georg Sch., als nächſter geſetzlicher Erbe, eine Klage, in welcher er die Erbeinſetzung anfocht, weil der Erblaſſer nicht bei geſundem Verſtande geweſen ſei, weil die B. das Teſtament durch Liſt und Betrug erſchlichen habe, und weil ſie als Krankenwärterin erbunfähig ſei. Zugleich widerrief er die Erbeinſetzung wegen Undanks, weil die B. dem Erblaſſer nach dem Leben getrachtet und weil ſie ſich Mißhandlungen und grobe Schmähungen gegen ihn habe zu Schulden kommen laſſen.

Das Amt nahm an, daß die Erbſchleichung thatſächlich nicht hinreichend begründet, wegen der geleiſteten Krankenwärterdienſte aber die Anfechtung rechtlich unzuläſſig ſei; dagegen hielt es die beiden anderen Klagfundamente für genügend begründet und erließ am 18. April 1844 in dieſem Sinne ein Beweiserkenntniß. Nachdem die Beweiſe größtentheils erhoben waren, änderte es jedoch ſeine Anſicht und wieß mit Urtheil vom 16. Januar 1845 die Klage ab, weil aus den in der Klage angeführten Thatſachen höchſtens der Zuſtand des Erblaſſers vor und nach dem Teſtiren, nicht aber auch ſeine Gemüthsverfaſſung während der Aufnahme des letzten Willens, worauf es allein ankomme, entnommen werden könne, und weil weder begründet ſei, daß die Handlungen der Beklagten einen nachtheiligen Einfluß auf die Geſundheit des Erblaſſers haben konnten, noch daß ſie mit der Abſicht, ſeinen Tod zu beſchleunigen, vorgenommen worden ſeien.

Das Hofgericht des Unterrheinkreiſes ging dagegen von der Anſicht aus, daß zwar nicht die Anfechtung wegen Verſtandesſchwäche, wohl aber jene wegen Betrugs und auch der Widerruf wegen Undanks begründet ſei. Es erhob daher die angetretenen Beweiſe und erkannte dann mit Urtheil vom 16. Juni 1846 Nr. 7123 II. Sen.

„das Teſtament des Georg Sch. vom 3. September 1843 ſei, inſoweit es die Erbeinſetzung der Beklagten enthält, für nichtig zu erklären und es habe die Beklagte die Koſten beider Inſtanzen zu tragen.“

Entſcheidungsgründe.

Durch öffentliches Teſtament vom 3. September 1843 hat der ledige Georg Sch. von H. die Maria Katharina B. zu ſeiner Univerſalerbin eingeſetzt und es hat dieſe nach ſeinem am 17. Oktober 1843 erfolgten Tode die Erbſchaft angetreten. Das Teſtament wird jedoch durch den Bruder des Erblaſſers, — welcher als der nächſte geſetzliche Erbe betheiligt und daher zur Klage legitimirt iſt, — angefochten und zugleich wegen Undanks widerrufen.

I. Was zunächſt die Anfechtung des Teſtaments betrifft, ſo wird zur Begründung der Klage geltend gemacht:

1) Georg Sch. ſei zur Zeit der Teſtamentserrichtung

Digitized by Google

nicht bei geſundem Verſtande geweſen. Trunkſucht und unmäßige Befriedigung des Geſchlechtstriebs hätten allmälig ſeinen Körper zerſtört, ſeinen ohnehin irren Sinn immer mehr abgeſtumpft. Seit dem Juni 1843 ſeien ſein Benehmen und ſeine Aeußerungen ganz verwirrt geweſen, gleich denen eines Wahnſinnigen. Während er früher ein guter Landwirth geweſen, habe er nun ſtets das Verkehrte angeordnet, auf dem Acker fertige Arbeit wieder zerſtört, Früchte zuſammengetreten, ſich vor den Arbeitern verſteckt und gleich darauf nicht mehr gewußt, was er kurz vorher gethan und geſprochen hatte. Arbeiter, die er ſelbſt angeſtellt und öfter bei der Arbeit 3 – 4 Stunden lang geſehen, habe er, wenn ſie Bezahlung des Lohnes verlangten, nicht mehr gekannt und gefragt, ob ſie denn bei ihm gearbeitet haben; das Geld habe er ihnen auf die Erde geworfen. Die Beklagte habe er faſt täglich geſchimpft und ſich über ſie beſchwert, daß ſie ihn beſtehle, daß ſie ihn mit Gewalt um's Leben bringe und daß ſie ihm keine Ruhe laſſe, er ſolle ein Teſtament für ſie machen; gleichwohl habe er ſie zur Erbin eingeſetzt, aber nachher nicht mehr gewußt, daß er ein Teſtament gemacht habe. Den ganzen Tag über habe er im Hauſe herum getobt und geſchimpft, wie ein Beſeſſener, oft auch gegen die Wand gefochten, als wolle er Geiſter beſchwören.

Der Unterrichter hat dieſen Klaggrund verworfen, weil die angeführten Handlungen ſich nicht auf den Akt des Teſtirens am Morgen des 3. Septemb. 1843 beziehen und ſomit nicht daraus hervorgehe, in welchem Gemüthszuſtand ſich der Erblaſſer zur Zeit der Errichtung ſeines letzten Willens befunden habe. Allein wenn dargethan werden ſoll, daß er um jene Zeit in einem bleibenden Zuſtand von Gemüthskrankheit geweſen ſei, iſt die beſondere Begründung nicht erforderlich, daß dieſer Zuſtand ihn auch während der Fertigung des Aktes nicht verlaſſen habe, ſondern es ſpricht dafür die Vermuthung, und Sache des Gegners iſt es, zu behaupten und nachzuweiſen, daß bei der Abgabe der Willenserklärung eine lichte Zwiſchenzeit vorhanden geweſen ſei.

Zachariä, Bd. IV. S. 180. Anm. 1.
Boileux, commentaire ad. art. 901.

Es wäre daher die Klage in dieſer Beziehung begründet, wenn nur aus den angegebenen Thatſachen mit Sicherheit hervorgehen würde, daß Georg Sch. um jene Zeit überhaupt und andauernd nicht bei geſundem Verſtande geweſen iſt. Dies kann aber nicht angenommen werden. Die von dem Kläger gemachte Schilderung läßt wohl in dem Erblaſſer einen Mann erkennen, deſſen von Natur beſchränkte Verſtandeskräfte durch ausſchweifendes Leben noch mehr geſchwächt, und durch die Krankheit in Verbindung mit dem fortwährenden Genuß geiſtiger Getränke und der ſteten Aufregung der Geſchlechtsbegierde in hohem Grade getrübt wurden; es mag auch in den thörichten Handlungen auf dem Felde und im Verkehr mit den Arbeitern, ſowie in dem Schwinden des Gedächtniſſes das Beginnen einer Geiſtesverwirrung zu finden ſein; gleichwohl aber iſt der Zuſtand nicht von der Art, daß er die Anfechtnng des Teſtamentes begründen könnte, indem er doch nur eine Schwächung der Verſtandesthätigkeit und nicht nothwendig die Unfähigkeit zu Faſſung einer ſelbſtſtändigen freien Entſchließung erkennen läßt.

Nimmt man auch an, daß wegen der allgemeinen und unbeſtimmten Ausdrucksweiſe des L.R.S. 901, welcher ſagt:

„um unter Lebenden zu ſchenken, oder letzte Willensverordnungen zu machen, muß man bei geſundem Verſtand ſein."

bei freiwilligen Verfügungen ein geringerer Grad der Geiſtesſtörung ſchon der Anfechtungsklage Eingang verſchaffen könne, und daß nicht wie bei den belaſteten Rechtsgeſchäften erforderlich ſei, daß entweder die Entmündigung bereits erkannt oder nachgeſucht war, oder daß der Beweis des Wahnſinns ſich aus der angefochtenen Handlung ſelbſt ergebe, L.R.S. 504*), ſo muß doch

*) In den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern N. F. I. S. 271 wird angenommen, daß der letzte Wille nach L. R. S. 504 wegen Blödſinn nicht angefochten werden könne, wenn weder vor dem Ableben des Erblaſſers die Entmündigung ſchon erkannt oder nachgeſucht worden, noch der Beweis des Blödſinns ſich aus dem angefochtenen letzten Willen ſelbſt ergibt. Allein die Anwendung des L. R. S 504 auf letzte Willensverordnungen iſt weder nach der aus den Discuſſionen zu entnehmenden Abſicht des Geſetzgebers noch nach der Wortfaſſung des L. R. S. 901 zuläſſig. Im Entwurf hatte Art. 901 den Anhang: „ces actes ne pourront être attaqués pour cause de démence que dans le cas et de la manière prescrite par l'art. 504;" im Staatsrath wurde aber dieſe Bezugnahme auf Art. 504 beanſtandet und darauf die jetzige Faſſung gewählt, welche damit zu erkennen giebt, daß freiwillige Verfügungen nach andern Grundſätzen zu beurtheilen ſind, als die übrigen Rechtsgeſchäfte. Grenier bemerkt in Nr. 102 wohl mit Recht: „Le législateur n'a pas dû considérer les dispositions gratuites du

Digitized by Google

immerhin dargethan ſein, daß die Störung mit ſolcher Kraft gewirkt habe, daß die Aeußerung des wahren Willens nicht möglich, der Erblaſſer ſeines Verſtandes nicht mächtig geweſen ſei, und es kann auf die Handlungen, wie ſie in der Klage angeführt ſind, ein ſolches Gewicht namentlich dann nicht gelegt werden, wenn aus dem Inhalt der Urkunde eine Geiſteszerrüttung nicht zu entnehmen iſt.

Jedenfalls würde der Klage entgegenſtehen, daß bei dem wegen Mundtodtmachung gegen Georg Sch. eingeleiteten Verfahren auch deſſen Geiſteszuſtand unterſucht, aber weder Blödſinn, noch Wahnſinn, noch wirkliche Gemüthsſchwäche wahrgenommen worden iſt.

2. Der letzte Wille wird von dem Kläger ferner angefochten, weil die Beklagte während der letzten Krankheit des Erblaſſers, während welcher das Teſtament gemacht wurde, deſſen ausſchließliche Krankenwärterin geweſen ſei und weil ſie die Pflege nicht als Magd oder Haushälterin geleiſtet, ſondern ſich mit Ausſchließung der Verwandten hinzugedrängt und die von dem Arzte verlangte Beſtellung eines eigenen Wärters hintertrieben habe.

Mit Recht hat der Unterrichter angenommen, daß L.R.S. 909 nur auf ſolche Krankenpfleger Anwendung finde, deren Beruf es iſt, Kranken ihre Sorgfalt zu widmen, daß dagegen ſolche Perſonen, welche nur wegen des beſondern Verhältniſſes, in dem ſie zu dem Kranken ſtanden, deſſen Pflege übernommen haben, nicht unfähig ſeien, in ſeinem Teſtament bedacht zu werden. Brauer Erläuterungen II. S. 337.

Da die Beklagte als Magd und Haushälterin verpflichtet und zuletzt als Braut noch beſonders berufen war, den Georg Sch. während ſeiner Krankheit zu pflegen, findet ſomit die geſetzliche Vermuthung, daß ſie den durch die Pflege erlangten Einfluß auf den Kranken dazu mißbraucht habe, ſich deſſen Vermögen zuwenden zu laſſen, auf ſie keine Anwendung.

même oeil que les autres actes. La loi redouble de prévoyance, pour prémunir l'homme contre les piéges de la cupidité, qui peut epier un instant de faiblesse, ou le provoquer, afin d'extorquer une liberalité. Or, ce moment peut exister, quand il y aurait même un usage habituel de la raison."

Mit dieſer Anſicht ſtimmt auch die Praxis der franzöſiſchen Gerichte überein.

Pailliet, ad art 901 Nr. 7 und 8. D. E.

3. Als dritter Anfechtungsgrund wird geltend gemacht, daß die Erbeinſetzung durch Liſt und Betrug erſchlichen ſei, und es wird zu dieſem Ende angeführt:

Die Beklagte ſei als Magd und Beiſchläferin in dem Hauſe des Erblaſſers geweſen; da ſie ſich für ſchwanger ausgegeben habe, ſei ſie von der Polizeibehörde ausgewieſen worden. Schon bei ihrem Weggehen habe ſie geäußert, ſie ſei gewiß, daß Georg Sch. nicht ruhe, bis ſie wieder komme, und dann müſſe er ihr Alles verſchreiben. Sie ſei auch nach kurzer Abweſenheit zurückgekehrt, aber von Sch., der ihrer überdrüſſig geweſen, nicht wieder aufgenommen worden. Durch wiederholte Verſuche habe ſie ſich gleichwohl einzudrängen und durch ſtetes Aufreizen der ſinnlichen Begierde des Georg Sch. dieſen völlig zu umſtricken gewußt. Eine Menge unzüchtiger Handlungen und das ſittliche Gefühl verletzender Vorgänge (welche näher geſchildert werden) zeigten die Beharrlichkeit, mit welcher die Beklagte ihren Zweck verfolgt habe, den Georg Sch. an ſich zu feſſeln*) und ihm das Teſtament zu erpreſſen. Dadurch und durch die Verdächtigungen des Klägers, gegen welchen der Bruder wegen eines bei Amt geſtellten Antrags auf Mundtodtmachung ſchon erbittert war, ſei es ihr gelungen, dem Georg Sch. nicht allein das Verſprechen der Ehe und eine Schenkung von 1500 fl. zu Erwirkung ihrer bürgerlichen Annahme zu entlocken, ſondern auch ein Teſtament nach dem von ihr beigebrachten Entwurfe zu erwirken. Mit Hilfe des Barbier D., zu dem er großes Vertrauen hatte, habe ſie ihn am 3. Sept. 1843 des Morgens um 5 Uhr zum Notar gebracht und da den letzten Willen niederſchreiben laſſen. Sie ſelbſt habe geäußert, daß er Alles gethan habe, was ſie wollte und daß er ihr ſein ganzes Vermögen vermacht haben würde, ſie jedoch, damit die Leute nicht ſo arg ſchimpfen, zwei arme Ver-

*) Sie ſoll nach dem Klagvortrag ſogar zu Sympathiemitteln ihre Zuflucht genommen haben, die ihrer Originalität wegen angeführt werden mögen. Es heißt: Als er ihrer überdrüſſig wurde, ſuchte ſie ſeine Anhänglichkeit durch Zauberkünſte der ſchmutzigſten Art zu ſichern. Sie vertraute Perſonen: „ich will den Sch. an mich ziehen, daß er nicht mehr von mir laſſen kann. Ich habe eine Muskatnuß verſchluckt, aus meinen Excrementen hervorgeholt und ihm in die Suppe gerieben. Ich habe von meiner monatlichen Reinigung ihm zweimal in den Kaffee gethan." D. E.

Digitized by Google

wandte mit Legaten habe bedeuken laſſen. Nicht minder ſoll Georg Sch. ſich über die Beſchränkung ſeiner Willensfreiheit ausgeſprochen und geſagt haben: „die B. laſſe ihm keine Ruhe, bis er ein Teſtament mache, und er habe ihr ſein Vermögen vermachen müſſen, ſie habe ihn ganz verrappelt gemacht.“

Vorher habe ſie einem Unterhändler eine anſehnliche Belohnung verſprochen, wenn er es dahin bringe, daß Sch. ſie heirathe oder zur Erbin einſetze, und andere Perſonen habe ſie aufgefordert, ſich Mühe zu geben, daß Sch. ihr etwas vermache.

Nach der Teſtamentserrichtung habe ſie Alles angewendet, jede Annäherung des Klägers unmöglich zu machen und einen Widerruf des Teſtamentes zu verhindern. Sie habe die Thüre verſchloſſen gehalten, Beſucher mit dem fälſchlichen Vorgeben, Sch. ſei geſund und befinde ſich auf dem Felde, abgewieſen, und dieſen zu überreden geſucht, daß ſein Bruder ihm nach dem Leben trachte und daß die Speiſen, die derſelbe bisweilen ſchickte, vergiftet ſeien. Sie habe den Kläger und deſſen Frau ſogar durch die Polizei von dem Sterbebette des Georg Sch. entfernen laſſen und geſagt, wenn derſelbe komme, kriege ſie nichts.

Da der letzte Wille nach L.R.S. 901 a. das Product freier Entſchließung des Erblaſſers ſein muß und Alles, was nach L.R.S. 1109 — 1117 die Willensfreiheit hindert, auch den letzten Willen inſoweit vernichtet, als er durch die Hemmung der Willensfreiheit hervorgebracht wurde, L.R.S. 901 b., unterliegt es keinem Zweifel, daß eine durch Liſt und Betrug erwirkte Erbeinſetzung angefochten werden kann. Die von dem Kläger angeführten Thatſachen enthalten aber in ihrer Verbindung alle Merkmale des Betrugs, und rechtfertigen den Schluß, daß das Teſtament dieſem von der Beklagten angewendeten Betruge und nicht der freien Entſchließung des Erblaſſers ſeine Entſtehung verdanke.

Die Beklagte behauptet zwar, daß nicht ihre Bemühungen, ſondern die durch den Antrag auf Mundtodtmachung veranlaßte Erbitterung des Erblaſſers gegen den Kläger, deſſen Enterbung verurſacht habe, daß durch das angebliche Verführen zur Unkeuſchheit der freie Willen in Bezug auf Verfügungen über das Vermögen nicht aufgehoben worden ſei und daß die in der Klage angeführten Thatſachen unerheblich ſeien, weil aus denſelben nicht folge, daß ſie den Erblaſſer durch falſche Vorſpiegelungen zu dem letzten Willen beſtimmt habe. Allein, wenn auch die Schmeicheleien und Bemühungen um die Gunſt des Erblaſſers an ſich nicht zu berückſichtigen ſind, ſie mögen der Ausdruck des wahren Gefühls, oder erheuchelt geweſen ſein, weil Beiſchläferinnen nicht mehr erbunfähig ſind und weil das Gericht nicht nach den Motiven zu forſchen hat, welche den Erblaſſer geleitet haben, ſo ſind ſie doch durch den Zuſammenhang, in welchem ſie mit den übrigen Vorgängen ſtehen, von Bedeutung und helfen die Ueberzeugung begründen, daß bei der Verſtandesſchwäche und der Geſchlechtsbegierde des Erblaſſers durch dieſe Mittel ſein ſchwacher Wille geleitet worden ſei, und daß es der Beklagten dadurch möglich geworden, den Verläumdungen und Verdächtigungen des Bruders Eingang zu verſchaffen und den Haß gegen denſelben bis zu einem ſolchen Grade zu erhöhen, daß Georg Sch. ihn gegen ſeine urſprüngliche Abſicht in dem Teſtamente überging. Die Angabe, es habe die Beklagte dem Erblaſſer vorgeſtellt, ſein Bruder trachte ihm nach dem Leben und ſuche ihn durch die überſchickten Speiſen zu vergiften, um ihn beerben zu können, enthält aber offenbar die Behauptung und Begründung, daß falſche Vorſpiegelungen gebraucht worden ſeien, um den Erblaſſer gegen ſeinen natürlichen Erben einzunehmen, und die ihm unterlegten Aeußerungen geben zu erkennen, daß es nicht ſeine Abſicht war, den Bruder zu übergehen und die Beklagte zur Erbin einzuſetzen, wie dies auch aus den angeblichen Erklärungen der Beklagten erhellt. Es ergibt ſich daher aus dem Klagvortrag, daß der Wille des Erblaſſers durch die Täuſchungen und falſchen Vorſpiegelungen der Beklagten verfälſcht worden ſei und daß ſie nur durch dieſe Mittel ihre Erbeinſetzung und die Ausſchließung des geſetzlichen Erben erwirkt habe. Ihr Benehmen nach der Teſtamentserrichtung und das Bemühen, einen befürchteten Widerruf zu verhindern, zeigen gleichfalls, daß ihre Erbeinſetzung nicht durch die freie Entſchließung des Georg Sch., ſondern durch Täuſchung und Ueberredung zu Stande gekommen, daß ſie nicht der Ausdruck des wahren Willens ſei.

Die Klage iſt daher in dieſer Beziehung begründet und es iſt der hierwegen erhobene Beweis zu prüfen:

a. Daß die Beklagte das Haus des Georg Sch. im

Digitized by Google

Unfrieden mit dieſem verlaſſen und ſich gegen deſſen Willen wieder eingedrängt habe, obgleich er vielfach geäußert hatte, ſie dürfe ihm nicht mehr über die Schwelle, ſie habe ihn beſtohlen, und obgleich er ſie bei ihrer Rückkehr mit Schimpfworten zur Thüre hinauswarf, iſt durch die Ausſage der Zeugen ..... erwieſen.

b. Dieſelben Zeugen ſagen aus, daß ſie theils mit eigenen Augen geſehen, theils von dem Erblaſſer und der Beklagten gehört haben, daß dieſelbe häufig fleiſchlichen Umgang mit ihm hatte, ihn aufzuregen und zum Beiſchlaf zu reizen ſuchte, und daß ſie meiſt in ſeinem Bette ſchlief, obgleich er ſie häufig daraus zu entfernen ſuchte.

c. Darüber, daß dies Alles geſchah, um die Erbeinſetzung zu erlangen und daß ſie auch die Unterſtützung Anderer hiezu angeſprochen habe, geben an:

Katharina W. und Magdalena M.: Die Beklagte habe die W. aufgefordert, ſich Mühe zu geben, daß Sch. ihr etwas vermache, und ſie habe geäußert: „der Sch. iſt immer von ſich, ich will machen, daß er mir etwas verſchreibt, dann gebe ich ihm Schnaps, bis er die Krenk hat.“

Die Ehefrau des Joſ. M.: ſie ſei etwa viermal von der Beklagten aufgefordert worden, ſich Mühe zu geben, daß Sch. ihr etwas vermache.

Lorenz F. beſtätigt, was Kath. W. und Magd. M. angeben.

Joſeph M.: die Beklagte habe ihm erzählt, daß Sch. ihr 1500 fl. vermacht habe und ſie ihn noch kriege, auch das Andere noch bekomme.

d. Daß Sch. nicht beabſichtigt habe, die Beklagte zur Erbin einzuſetzen, daß er nur durch ihre fortgeſetzten Bemühungen den Bruder zu verdächtigen, zu der Errichtung des Teſtaments vermocht wurde, geht aus den Angaben mehrerer Zeugen gleichfalls hervor. Es ſagen nämlich aus:

Die Ehefrau des Joſ. M.: Sch. habe ihr erzählt, daß er von der Beklagten erfahren, ſein Bruder hätte ſo arg über ihn geſchimpft, und derſelbe warte nur auf ſeinen Tod und wolle all' ſein Sach' haben. Sch. habe zwar auch geäußert: die Beklagte wolle ihn beerben und verſtifte ihn darum gegen ſeinen Bruder und er glaube ihr nicht recht; er habe aber doch keine Milch mehr zu ihm tragen laſſen und das Wegſchütten des von ihm geſchickten Eſſens zugegeben.

Die Beklagte äußerte in Gegenwart der Zeugin mehrmals zu Sch.: „Sie werden doch dem Bock (ſeinen Bruder, der Schneider iſt) nichts geben, der wünſcht Ihnen doch nur die Krenk,“ und ſie ſagte: ſie müſſe den Sch. von ſeinem Bruder abbringen, ſonſt vermache er ihr nichts; die Schwägerin wolle ihn mit ihrem Eſſen herausflicken, ſie werfe es aber immer weg, und er glaube ihr, daß es vergiftet ſei.

Joſ. M.: Die Beklagte habe ihm geſagt, daß Schneider Sch. das Vermögen ſeines Bruders wolle, ſie es aber nicht zugebe und darum auch das Eſſen, das er ſchicke, wegwerfe; ſie müſſe den Sch. an ſich zu feſſeln ſuchen. Später habe ſie ihm geſagt: Sch. habe ihr jetzt Alles vermacht, ſie laſſe Niemand zu ihm.

Katharina W.: Auf die Bitte der Beklagten habe ſie den Sch. öfters aufgefordert, er möge derſelben doch etwas vermachen, er habe es aber mit dem Bemerken abgelehnt: ſie bekomme durchaus nichts, ſie ſolle die 500 fl., die ſie ihm geſtohlen, dafür nehmen. Später habe er in Abrede geſtellt, daß er ein Teſtament gemacht; die Beklagte habe aber gegen ſie bemerkt: „er weiß halt nichts mehr davon, manchmal fällt's ihm ein, daß er ein Teſtament gemacht hat, er weiß ſchon lange nicht mehr, was er thut.“

Er habe auch die Zeugin gefragt, ob ſie nicht bemerkt hätte, daß ſein Bruder ihn beſucht habe, er hätte erfahren, daß derſelbe ſchon manchmal da geweſen ſei und nicht in's Haus gekonnt hätte; die Beklagte habe ihm geſagt, derſelbe ſchimpfe ſo arg über ihn und wünſche ihm den Tod, um ſein Sach' zu bekommen. Er habe ferner geäußert: die Beklagte gebe ihm nichts von dem Eſſen, welches ſein Bruder ſchicke, ſondern ſie werfe es immer weg, weil es vergiftet ſein könnte, ſie wolle ſein Sach', darum verſtifte ſie ihn gegen ſeinen Bruder.

Die Beklagte ſagte zur Zeugin: ſie müſſe den Sch. von ſeinem Bruder abbringen, denn wenn dieſer Eſſen ſchicke, werde derſelbe wieder gut mit ihm, und ſie äußerte in Gegenwart der Zeugin zu Sch.: er werde doch ſeinem Bruder nichts geben, der wünſche ihm doch nur die Krenk.

Magdalena M. und die Ehefrau des Andreas K. beſtätigen dieſe Angaben und es bemerkt die Erſtere: Sch. habe geſagt, die B. nöthige ihn, ein Teſtament zu machen; er habe aber keines gemacht, er wiſſe

Digitized by Google

nicht wozu. Die Beklagte dagegen habe zu ihr geäußert: Sch. wiſſe nicht, was er thue, er habe ihr 1500 fl. vermacht und wiſſe nicht, ob er ein Teſtament gemacht habe, oder nicht.

Die Ehefrau K. fügt bei: Die Beklagte habe bemerkt: wenn ſie die Schneiderin (die Frau des Klägers) hereinlaſſe, ſo könne ſie mit flacher Hand abziehen, deßhalb werfe ſie das Eſſen weg und mache Sch. glauben, daß es vergiftet ſei.

Heinrich M. und Georg N. bejahen die Beweisartikel 6 und 7, daß die Beklagte geſagt habe: „wie der Sch. recht verrappelt war, habe ich ihm recht zugeſetzt, daß er ein Teſtament für mich mache, es hat mir was Mühe gekoſtet, denn er hat mich gar nicht mehr leiden können, ich hab' es aber doch dahin gebracht", und daß ſie früher einmal geäußert habe: „der Sch. hat mir 1500 fl. vermacht, ich muß auch das Andere haben, er ſchimpft mich immerfort, aber er weiß nicht mehr, was er thut. Ich krieg' ihn doch."

Andreas W., Barbara W. und Magdalena M. geben zu Art. 63 an: Sch. habe in den letzten Wochen ſeines Lebens mehrmals geäußert: „die Marie, die Hur' bringt mir lauter ſchlechte Kerl' in's Haus, die laſſen mir keine Ruhe, ich ſoll ein Teſtament machen." Nach Ausſage der Letztern nannte er dabei den Barbier D. und den S.

Nach Angabe der Apollonia M. ſagte er im Anfang September weinend zu ihr: „die Marie läßt mir gar keine Ruh', bis ich die Leute beiſammen habe für ein Teſtament."

Andreas K. endlich deponirt: ungefähr 3 Monate vor ſeinem Tode ſei Sch. einmal zu ihm gekommen, weil er vermuthete, ſein Bruder ſei da und habe geſagt: „ich habe Tag und Nacht keine Ruhe vor der Hure ..., es wäre kein Wunder, ich ſchnitte mir den Hals ab, ich habe eher keine Ruhe, bis ich der B. all' mein Sach' vermacht habe." —

e. Daß Sch. in der letzten Zeit ſeines Lebens eine Maſſe thörichter und verwirrter Handlungen beging, daß ſein Gedächtniß abgenommen hatte und ſeine Verſtandeskräfte in hohem Grade geſchwächt waren, ſo daß die Verdächtigungen gegen den Bruder leichter bei ihm Eingang finden konnten, und er zu täuſchen und zu lenken war, wird durch eine große Menge von Zeugenausſagen überzeugend dargethan und durch eine amtliche Bemerkung in den Akten über die Mundtodtmachung unterſtützt, indem ſich am Schluſſe des Protocolls vom 19. Juli 1843 der Beiſatz findet: „Dieſer Vortrag wurde in Abſätzen und mit ſolcher Verwirrung gemacht, daß man hiernach allerdings auf eine bedeutende Verſtandesſchwäche ſchließen muß."

f. Ueber das Benehmen der Beklagten nach der Teſtamentserrichtung und über ihr Beſtreben, einen Widerruf zu verhindern, geben an:

Schreiner M.: Die Beklagte habe in der letzten Zeit die Hausthüre immer geſchloſſen und Sch. habe geklagt, die Thüre ſei immer zu, es könne Niemand zu ihm, ſelbſt ſein Bruder nicht. Er habe dabei geſagt: „ſie haben mich zu einem Teſtament verleitet. Ich habe die Sache jetzt anders überlegt. Meine Baſe bekommt etwas, und mein Gevattersmann Adreas, und das Andere bekommt mein Bruder."

Joſ. M.: Die Beklagte habe ihm erzählt: „Sch. habe ihr Alles vermacht, ſie laſſe Niemand zu ihm."

Andreas W.: Sie ſchimpfte immer über den Bruder und ſchloß immer das Thor zu, daß Niemand zu Sch. konnte. Erkundigte ſich Jemand nach ſeinem Befinden, ſo hörte ich ſie manchmal ſagen: „Ach, er iſt wieder geſund, morgen kann er wieder ausgehen."

Die Ehefrau K.: Sch. habe geſagt: die B. wolle nicht haben, daß er zu ſeinem Bruder gehe, dieſer wolle ihn nur hinwegſchaffen.

Franziska F.: Zwei Tage vor dem Tode des Sch. habe die Beklagte zu Barbier D. geſagt, wenn nur der Schneider nicht mehr käme. D. habe darauf erwiedert: „das will ich ſchon machen, ich gehe auf's Amt und laſſe ihm ausbieten." Am andern Tag habe er dann geſagt: „jetzt habe ich's hingebracht, es iſt ihnen von der Polizei ausgeboten, ſie dürfen nicht mehr her."

Magdalena M.: D. habe oftmals gerathen, das Thor zu ſchließen, damit der Schneider nicht hereinkomme, er habe zu Sch. geſagt: der Schneider wünſcht euch den Tod, der würde lachen, wenn ihr ſterben würdet, der iſt nicht werth, daß er nur einen Kreuzer von euch erbt. Am Todestag habe er einen Polizeidiener gebracht und durch dieſen den Schneider Sch. und deſſen Ehefrau aus dem Hauſe des Sterbenden entfernen laſſen, und am Tage des Begräbniſſes habe er zu S. geſagt: „gelt wir

Digitized by Google

haben das Teſtament gut gemacht, er ſtoßt es nicht mehr um, es iſt feſt.“

Aehnlich ſind die Angaben der Katharina W. und der Andreas K.'ſchen Eheleute. Andreas K. erklärte insbeſondere: D. habe kurz vor dem Tode des Sch. geſagt: „die Sch. (die Schwägerin) liegt ihm oben um den Hals, holt ſchnell einen Polizeidiener, ſonſt wird aus unſerem Teſtamente nichts.“

Die letztern vier Zeugen wurden zwar zunächſt nur wegen der Betheiligung des (von der Beklagten als Zeugen vorgeſchlagenen) Barbier D. abgehört; ihre Ausſagen ſind aber gleichwohl zu berückſichtigen, weil D. im Einverſtändniß mit der Beklagten und aus ihrem Auftrag handelte.

Die Zeugenausſagen liefern nicht nur ein vollſtändiges Bild einer Erbſchleicherei der niedrigſten Art, ſondern ſie begründen auch die Ueberzeugung, daß der faſt willenloſe, verſtandesſchwache Erblaſſer durch falſche Vorſpiegelungen gegen ſeinen Bruder erbittert und ſo dazu vermocht wurde, dieſem gegen ſeine Abſicht ſein Vermögen zu entziehen und daſſelbe der Beklagten zuzuwenden. Sie ſind um ſo gewichtiger, als ſie größtentheils die eigenen Erklärungen des Erblaſſers und der Beklagten über ihre Handlungsweiſe und über die Motive derſelben enthalten und ſomit die Abſicht nicht erſt durch leicht trügende Schlußfolgerungen ermittelt werden muß, ſondern deutlich ausgeſprochen iſt. Sie zeigen überdies, daß die Beklagte nach der Teſtamentserrichtung die Aenderung des letzten Willens durch Fernehaltung der Verwandten und der nicht in ihrem Intereſſe handelnden Dritten, ſowie durch fortgeſetzte Verdächtigung des Bruders zu verhindern geſucht, und ſich ſo nach L.R.S. 901 c des Erbrechts unwürdig gemacht hat.

Gegen mehrere Zeugen hat die Beklagte Einſprache erhoben, indem ſie dieſelben theils als unzuläſſig, theils als verdächtig darzuſtellen ſuchte. Die Einſprache gegen die Abhör überhaupt wurde bereits verworfen; als unzuläſſig erſcheint jedoch nunmehr Mezger S., weil derſelbe am 13. Dec. 1845 ſelbſt zu Protocoll erklärt hat, er ſei von dem Anwalt des Klägers aufgefordert worden, zu Allem nur „ja“ zu ſagen und dann unbeſorgt zu ſein; Kläger aber habe ihm, als er ein Kleid bei demſelben beſtellt habe, geſagt: vorerſt könne er ihm noch nichts geben, wenn aber die Sache aus ſei, bekomme er das Dreidoppelte. Da S. hiemit den Widerruf eines Theils ſeiner früheren Angaben verbunden hat, erſcheint er als durchaus verwerflicher Zeuge*).

Gegen Apollonia M. wurde geltend gemacht, daß dieſelbe durch hofgerichtl. Urtheil vom 21. Nov. 1831 wegen verſchwiegener Schwangerſchaft und verheimlichter Niederkunft zu einer ſechsmonatlichen Zuchthausſtrafe verurtheilt worden iſt. Allein die Verurtheilung wegen eines peinlichen Verbrechens macht nicht unbedingt unfähig zum Zeugen und es iſt das der M. zur Laſt gelegte Verbrechen auch nicht der Art, daß das Vertrauen in ihre Wahrheitsliebe dadurch aufgehoben würde, und wenn ſie auch einigermaßen als verdächtig erſcheinen ſollte, §. 510 der P. O., ſo wird dieſe Verdächtigkeit durch die Uebereinſtimmung ihrer Ausſagen mit jenen anderer Zeugen aufgehoben.

Andreas W. ſoll durch ſeine Frau Geſchwiſterkind mit dem Kläger ſein; allein abgeſehen davon, daß er ſelbſt erklärt hat, er ſei weder verwandt noch verſchwägert mit den ſtreitenden Theilen, macht in der Seitenlinie nur die Verſchwägerung des zweiten Grades zum Zeugniß untauglich, §. 508[a] der P. O. Gegen dieſen Zeugen, die Andreas K.'ſchen Eheleute und Magdalena M. wird eingewendet, daß dieſelben in einer

---

*) Es wuebe gegen dieſen Zeugen ſogleich eine Unterſuchung angeordnet, und in deren Folge S. des Meineids ſchuldig erklärt und zu der geſetzlichen Strafe verurtheilt. Auch R., der als Zeuge in Vorſchlag gebracht, aber wegen Unerheblichkeit der ihn betreffenden Beweisartikel nicht abgehört woeden war, machte die Anzeige, daß er durch Anbieten von 40 Louisdor zur Angabe falſchen Zeugniſſes aufgefordert worden ſei. Das Hofgericht verfügte deßhalb, daß bei Abhör der übrigen Zeugen die Aufmerkſamkeit beſonders darauf zu richten ſei, ob nicht hinſichtlich derſelben ähnliche Vorgänge ſtattgefunden haben, und daß hierauf namentlich bei Stellung der allgemeinen Fragen Rückſicht zu nehmen ſei. Die Zeugen erklärten jedoch ſämmtlich, daß ſie zwar ſchon früher um ihre Kenntniß von dem ganzen Sachverhalt befragt worden ſeien, aber nur behufs der Sammlung des zur Klagbegründung erforderlichen Mateeiale, und daß ſie weder Belohnung, noch die Zuſicherung ſolcher erhalten haben, auch nicht aufgefordert worden ſeien, ihre Ausſagen nach dem Wunſche des Klägers einzurichten, ſondern daß ihnen bloß allgemein bedeutet worden ſei, ſie ſollen die Wahebeit angeben.

Hiernach konnte dieſem Zwiſchenfall die Bedeutung nicht beigelegt werden, daß die Ausſagen ſämmtlicher Zeugen nun als verdächtig hätten behandelt werden dürfen. D. E.

Digitized by Google

polizeilichen Unterſuchung gegen die Beklagte wegen Beibringung geſundheitsſtörender Stoffe zur Beförderung des Todes des Georg Sch. im Einverſtändniß mit dem Kläger gegen die Beklagte ausgeſagt haben und darum verwerflich ſeien. Es ſind aber keine Gründe angeführt, aus welchen der Verdacht geſchöpft werden könnte, daß dieſe Zeugen dort gegen beſſeres Wiſſen ausgeſagt haben, oder betheiligt ſeien. Es muß daher die Einſprache unberückſichtigt bleiben.

Ebenſowenig iſt die Beanſtandung des Schreiner M. durch die Behauptung gerechtfertigt, daß derſelbe dem Trunke ergeben ſei.

Die Beklagte hat endlich zu Führung des Gegenbeweiſes die Abhör mehrerer Zeugen verlangt, und es ſagen aus:

Barbara St.: Nach der Entfernung der Beklagten aus dem Hauſe habe Sch. einmal geäußert: ich wollte die Marie wäre noch einmal da.

Katharina Sch.: Sie habe täglich bei Sch. Milch geholt, aber nie gehört, daß derſelbe mit der Beklagten Wortwechſel hatte.

Daſſelbe bemerkt Amalie R. mit dem Beifügen: Sch. habe die Beklagte öfter wegen ihrer ordentlichen Haushaltung und wegen ihres Betragens gelobt.

Maria Anna Ch.: Als ſie von dem Kläger mit Speiſen zu Georg Sch. geſchickt worden ſei, habe dieſer gedroht, wenn ſie das Eſſen nicht wieder mit nach Hauſe nehme, würde er es in das Schweinfaß werfen; er habe noch ſo viel, um ſich kochen zu laſſen, die Marie koche ihm.

Die übrigen Gegenbeweiszeugen können keinen Aufſchluß geben; es ſind aber auch die Angaben, daß Sch. ſeine Zufriedenheit mit der Beklagten geäußert und daß er ſelbſt das von dem Bruder geſchickte Eſſen zurückgewieſen habe, in keiner Weiſe geeignet, den von dem Kläger erbrachten Beweis zu entkräften, ſondern es ſpricht der letztere Umſtand nur dafür, daß er den Verdächtigungen von Seiten der Beklagten Glauben ſchenkte.

Wollte man aber auch annehmen, daß es der Beklagten durch ihre Bemühungen gelungen ſei, die Zuneigung des Georg Sch. zu gewinnen, und daß dieſer nur durch ihre Ueberredungskünſte und Schmeicheleien und nicht durch die falſchen Beſchuldigungen gegen den Bruder und durch eine Hemmung der freien Entſchließung bewogen worden ſei, ſie zur Erbin einzuſetzen, und würde man auch in ihrem Benehmen und den Vorgängen nach der Teſtamentserrichtung nicht hinreichenden Grund zur Annahme finden, daß ſie eine beabſichtigte Aenderung des letzten Willens verhindert habe, ſo müßte immerhin der Widerruf des Teſtamentes wegen Undanks zugelaſſen werden.

II. Zur Begründung des Widerrufs der Erbeinſetzung führt Kläger an:

1. Die Beklagte habe dem Erblaſſer nach dem Leben getrachtet, ſie habe nicht allein vor der Teſtamentserrichtung erklärt, ſie wolle machen, daß er ihr etwas verſchreibe, dann gebe ſie ihm Schnaps, bis er hin ſei, ſondern ſie habe auch nachher in dieſem Sinne gehandelt. Während die Aerzte ihm den Genuß geiſtiger Getränke als ſchädlich ſtrenge unterſagt hätten, habe ſie ihm ſtets Branntwein, ſchlechten Wein und Aepfelmoſt in großen Quantitäten und trotz ſeiner Bitten, ³/₄ Waſſer darunter zu miſchen, weil es ihm die Kehle abbrenne, faſt pur gegeben, in der erklärten Abſicht, ihm dadurch zu ſchaden. Die zur Linderung ſeiner Halsſchmerzen von einer Nachbarin geſchickte Latwerge habe ſie ihn nicht mehr nehmen laſſen, als ſie bemerkt, daß dieſelbe ihm Erleichterung verſchaffe, und die von der Ehefrau des Klägers geſchickten Speiſen habe ſie ihm als vergiftet vorenthalten; die Arzeneien aber ausgeſchüttet und mit Unterſtützung des Barbier D. den Arzt verdächtigt, als könne derſelbe von dem Kläger, der bei ihm geweſen, beſtochen worden ſein, ihm Gift zu geben. Endlich habe ſie ihn ſtets zum Beiſchlaf gereizt, um ihn dadurch aufzureiben, und ſie habe dies gegen Zeugen mit dem Bemerken ausgeſprochen: ſie laſſe ihm keine Ruhe und das könne er nicht aushalten, da müſſe er bald abgehen. Georg Sch. ſelbſt habe oftmals unter Thränen geklagt, die B. bringe ihn vor der Zeit unter die Erde.

2. Dieſe Thatſachen werden zugleich als Mißhandlungen und Vergehen gegen den Erblaſſer geltend gemacht und in Verbindung mit den gegen dieſen ausgeſtoßenen groben Schmähungen als weiterer Grund für den Widerruf benutzt.

(Schluß folgt).

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. No 45. Karlsruhe den 7. November 1840.

I.

Anfechtung eines Teſtamentes auf den Grund der Verſtandesſchwäche des Erblaſſers, L. R. S. 901, und der Erſchleichung des Erben durch Liſt und Betrug, L. R. S. 901 a. und b.

Widerruf der Erbeinſetzung wegen Undanks. L. R. S. 1046, 955.

(Schluß).

Nach L. R. S. 1046 können die Erben letztwillige Begünſtigungen aus dem gleichen Grunde widerrufen, aus welchem der Widerruf einer Schenkung unter Lebenden nach den zwei erſten Beſtimmungen des L. R. S. 955 zuläſſig iſt, alſo wenn der im Teſtament Bedachte dem Erblaſſer nach dem Leben trachtet und wenn er ſich Mißhandlungen, Vergehen oder grobe Schmähungen gegen ihn zu Schulden kommen läßt. In den der Beklagten zur Laſt gelegten Handlungen liegt nun offenbar, wenn nicht ein direkter Angriff auf das Leben des Erblaſſers, doch die Bemühung, daſſelbe abzukürzen, den Tod zu beſchleunigen und die verſuchte Hilfe abzuwenden. Da das Geſetz den Widerruf für begründet erklärt, wenn dem Erblaſſer nur nach dem Leben getrachtet worden iſt, kommt es nicht darauf an, ob die angewendeten Mittel wirklich den Tod herbeigeführt haben, oder nicht, ſondern es genügt deren Anwendung in der Abſicht, das Leben des Erblaſſers zu gefährden, um dem Erbnehmer die Erbſchaft zu entziehen, wie dies auch in der Natur der Sache liegt, da der Undank den Grund des Widerrufs abgibt, dieſer aber nur in dem mit Abſicht gegen das Leben des Erblaſſers gemachten Angriff und nicht in dem Erfolg dieſer Handlung gefunden werden kann.

Grenier, des donatoins t. I. Nr. 212.

Zachariä, Bd. IV. §. 708.

Jedenfalls müßten in dem geſchilderten Verfahren der Beklagten gegen Georg Sch. grobe Mißhandlungen gefunden werden und es iſt daher der Widerruf thatſächlich hinreichend begründet, wenn auch die Schmähungen bei dem moraliſchen Zuſtand, dem Benehmen und der Bildungsſtufe des Erblaſſers, und bei dem Umſtand, daß er ſelbſt ſich dadurch nicht beleidigt fühlte, nicht berückſichtigt, oder wenigſtens als wettgeſchlagen angeſehen werden können.

Was nun das Ergebniß der Beweisführung betrifft, ſo ſagen:

Katharina W, Lorenz F. und Magdalena M., wie ſchon oben bemerkt wurde; die Beklagte habe vor der Teſtamentserrichtung geäußert: „der Sch. iſt immer von ſich, ich will machen, daß er mir etwas verſchreibt, dann gebe ich ihm Schnaps, bis er die Krenk hat.“

b) Andreas W., Babette W., Magd. M., und Apollonia M.: ſie haben oft geſehen, daß die Beklagte Branntwein und Wein geholt und dem Sch. gegeben habe; daß dieſer gebeten, ſie möge doch 3/4 Waſſer darunter thun, es brenne ihm ja die Kehle ab, daß ſie aber gleichwohl nur etwa 1/4 Waſſer beigemiſcht habe.

Katharina W. beſtätigt dies mit dem Beifügen: die Beklagte habe auf das Verlangen Sch.'s erklärt: „der Wein thut dir nichts“ und kein Waſſer dazu gethan. Sch. habe ſich mehrmals darüber beſchwert.

Dieſelbe Zeugin gibt zu Art. 39 und Magd M. zu Art. 48—50 an: ſie ſei der Beklagten begegnet, die zwei Flaſchen im Korbe hatte und angab, es ſei Schnaps. Die Frage, ob Sch. Schnaps trinken dürfe, habe die-

Digitized by Google

ſelbe bejaht, und auf die Bemerkung, der werde ihm nichts thun, habe ſie erklärt: „wenn er ihm nichts thut, ſo thue ich ihm auch ſpaniſchen Pfeffer hinein, bis er die Krenk hat.“

Der praktiſche Arzt R. verſichert, er habe dem Sch. häufig in Gegenwart der Beklagten das Weintrinken unterſagt und auch nicht geſtattet, daß er mit Waſſer vermengten Wein nehme, weil ſeine Krankheit dadurch nothwendig verſchlimmert werden würde.

c) Joſ. M. und Kath. W.: die Beklagte habe mehrmals geäußert, ſie koche die ganze Woche nichts, ſie behelfe ſich und Sch. wolle nichts. Dieſer dagegen habe ſich beſchwert, daß die Beklagte ihm nichts zu eſſen gebe, nicht einmal einen Tropfen Fleiſchbrühe.

Die Ehefrau des Joh. M., Andreas W., Magd. M. beſtätigen zu Art. 11, daß die Beklagte geſagt habe, ſie koche dem Sch. nichts mehr, daß es bald mit ihm all' werde. Die Ehefrau des Andreas K. gibt an: die Beklagte ſagte, daß ſie und Sch. die ganze Woche nichts als Brod und Kartoffeln äßen, jetzt müſſe dieſe Sache ein Ende nehmen; auf einen Weg müſſe es gehen. Sch. habe der Beklagten vorgeworfen: „jetzt habe ich dir Geld für Fleiſch gegeben und haſt doch kein's gekauft, ich bin ſo elend und habe Fleiſch ſo nothwendig.“

d) Dieſelbe Zeugin und Joſeph M. erklären: die Beklagte habe geſagt: „die Schneiderin will ihn mit ihrem Eſſen herausflicken, ich werfs aber immer weg.“

Magd. M: auf die Frage, warum ſie dem Sch. das Eſſen nicht gebe, habe die Beklagte geantwortet: „wenn ich ihm das Eſſen gebe, möchte er ſich wieder erholen.“

Andreas W., Magd. M., Kath. W. und Apolonia M.: Sch habe erklärt, daß eine von Apollaina M. ihm gebrachte Latwerge ihm den Hals gekühlt und große Linderung verſchafft habe, er habe darauf die Beklagte gebeten, ihm noch mehr von der Latwerge zu geben, ſie habe es aber verweigert. Die Beklagte habe oftmals Arzeneien weggeſchüttet, unter dem Vorgeben, ſie nützten dem Sch. nichts, und der Bruder ſei bei dem Arzt geweſen, die Medicin könne vergiftet ſein.

Barbara W.: die Beklagte habe Arznei, die aus der Apotheke kam, auf die Seite geſtellt, und als Sch. darnach fragte, erklärt, dieſelbe ſei nicht mehr da. Sch. habe Alles genommen, was man ihm angerathen habe.

e) Joſeph M., deſſen Ehefrau, Andreas W. beſtätigen zu Art. 12: die Beklagte habe geſagt, ſie lege ſich immer zu Sch. in's Bett und richte ihn mit ihren Umarmungen zu Grunde.

Katharina W.: ſie habe noch beigefügt: wenn er ſie aus dem Bette werfe, lege ſie ſich wieder hinein, ſie wolle ihn durch dieſes vollends fertig machen. Magd. M.: ſie habe auch hinzugefügt: „ich will ihn ſchon mit dem zurecht machen, daß er die Krenk bald kriegt.“ Die Ehefrau K.: die Beklagte habe erklärt: auf die eine oder die andere Art müſſe es jetzt gehen, ſie wäre jetzt geborgen. Zeugin ſelbſt hat öfters in ihrer Küche gehört, daß Sch. Nachts gegen 9 Uhr aus dem Bette ging und lamentirte, er habe der B. ſchon ſo oft geſagt, ſie ſolle ſich doch nicht zu ihm legen, er wäre ja ſchon ganz zu Grunde gerichtet.

Andreas W., Barbara W., Magd. M., Kath. W. und Apolloina M. geben an: daß Sch. häufig und unter Thränen geklagt habe, wenn er nur die Marie vom Leib habe, die bringe ihn noch um's Leben, und daß er nach einer andern Wärterin verlangt habe, weil ſie ihn mit Gewalt um's Leben bringe.

Es bedarf keiner weitern Ausführung, daß durch die angegebenen Zeugenausſagen der Beweis eines groben Undanks, des Trachtens nach dem Leben und der Mißhandlung des Erblaſſers durch Darreichung ſeinem Zuſtand nachtheiliger Speiſen und ſchädlicher, von dem Arzte verbotener Getränke, durch Entziehung der von Andern geſchickten ſtärkenden Speiſen und lindernden Mittel, und durch Aufreizen zu dem den Kranken aufreibenden Beiſchlafe, vollſtändig erbracht iſt, und daß ſich ſomit die Beklagte, die all' Dies mit dem Bewußtſein der Schädlichkeit und mit der ausgeſprochenen Abſicht, das Leben des Erblaſſers zu gefährden, verübt hat, dadurch der Erbſchaft unwürdig gemacht hat.

Vergeblich beruft ſich die Beklagte auf die Ausſage einiger Beweis- und Gegenbeweiszeugen, daß Sch. ſelbſt nach Wein verlangt, daß er die von dem Bruder überſchickten Speiſen nicht gewollt, daß er einige Arzneien ſelbſt zurückgewieſen und daß er die Pflege der Beklagten lobend anerkannt habe. Denn es iſt dargethan, daß ſie ihm den Genuß ſtarker Getränke auch dann zugemuthet

Digitized by Google

habe, wenn er dieſelben als ſchädlich zurückgewieſen hatte und daß ſie ihn von dem Verlangen nach den überſchickten Speiſen und nach der Arznei durch das Vorgeben abgebracht habe, es ſeien dieſelben vergiftet, auch daß ſie Arzneien heimlich und gegen ſeinen Willen zurückhielt oder wegſchüttete.

Aus dieſen Gründen und nach Anſicht des § 169 der Proceßordnung wegen der Koſten mußte nach dem Klagantrag erkannt werden.

Nüßlin.

II.

Zählt bei der Frage, ob ein dritter Diebſtahl vorliegt, ein früherer Raubfall gleich einem Diebſtahl?

(Strafedict §. 77. Neues Strafgeſetz §. 384)

So geneigt auch ein geſunder Rechtsſinn ſich finden mag, die hier aufgeworfene Frage alsbald ohne Anſtand zu bejahen, ſo läßt es ſich doch nicht verkennen, daß die nähere Betrachtung der einſchlägigen Geſetze zu erheblichen rechtlichen Bedenken zu führen geeignet iſt, wie denn auch aus Jahrgang I. S. 318 der Jahrbücher des großherzoglichen Oberhofgerichtes zu entnehmen iſt, daß ſchon frühe ſolche Zweifel vorgekommen ſind. Das Freiburger Hofgericht ſtellte damals eine bezügliche Anfrage an das oberſte Juſtizdepartement, worauf ein Gutachten des höchſten Gerichtshofes verlangt und am 10 September 1823 mit wenigen Worten im *bejahenden Sinne* erſtattet wurde.

Die auftauchenden Bedenken näher zu beleuchten und deren gründliche Beſeitigung (wozu die am angeführten Orte abgedruckten gutachtlichen Andeutungen nicht genügen dürften) zu befördern, ſei der Beruf dieſer kleinen Abhandlung, welche durch einen jüngſt vorgekommenen, aber nur zur Klagfreiſprechung führenden, Fall angeregt wurde.

Gegen die Bejahung unſerer Frage läßt ſich nämlich Folgendes einwenden:

Das Verbrechen des dritten Diebſtahls ſetzt zwei vorausgegangene Diebſtähle, nicht etwa bloß ähnliche (gleichartige) Vergehungen voraus. Dieß ergibt ſich ſchon aus der Namensbezeichnung des *dritten Diebſtahls*, §. 77 des Strafedictes. Der Art. 162 der P. G. O. redet ausdrücklich nur von dem, „der zum drittenmal geſtohlen hat."

Der Raub iſt aber wie nach gemeinem deutſchen Strafrecht ſo auch nach unſerem noch immer geltenden Strafedict ein eigenes vom Diebſtahl weſentlich unterſchiedenes Verbrechen. Art. 126 der P. G. O. und §. 67 des Strafedicts. Hierüber kann kein Zweifel ſein. In §. 23 des Strafedictes ſind in Bezug auf Trennung der Acten Raub und Diebſtahl beſonders und ausdrücklich ſogar als *verſchiedenartige* Verbrechen hervorgehoben, während im §. 98 der Erläuterungen vom Jahr 1812 in Bezug auf zuſammentreffende Verbrechen nur *gefährlicher* Diebſtahl als ein mit Raub gleichartiges Verbrechen anerkannt wird. Es läßt ſich auch nicht verkennen, daß das Verbrechen des Raubes, inſofern die Anwendung von Gewalt gegen die Perſon behufs der Erreichung des ſelbſtnützigen Zweckes dabei den Hauptgeſichtspunkt bildet, woraus ſich auch die ſtrenge Strafe erklärt, ſogar eine nähere Verwandtſchaft mit dem Verbrechen der Entführung, Nothzucht und dergl. behauptet, als mit dem Diebſtahl, wenigſtens dem nicht gefährlichen. Es wird daher nicht angehen, daß ein ſolches geſetzlich nicht einmal als gleichartig anerkanntes Verbrechen hier in Anrechnung komme, wo nicht einmal ein gleichartiges, ſondern immer nur das nämliche Verbrechen, ein eigentlicher Diebſtahl, in Anſchlag kommen darf, wie denn z. B. der Fall einer Unterſchlagung anvertrauter Habe, ebenfalls eine Entwendung im weiteren Sinne, unzweifelhaft hier nicht als Diebſtahl gezählt wird.

Erwägt man hiezu noch, daß die Strafe des dritten Diebſtahls ohnehin in ſo vielen Fällen als eine übertrieben ſtrenge erſcheint, deren Ausdehnung daher umſoweniger zu rechtfertigen wäre, und daß der Räuber, ſofern er überhaupt der Todesſtrafe entging, für den Raub bereits eine ſtrenge, die Strafe des dritten Diebſtahls weit überſteigende Strafe erlitten hat (nach §. 67 des Strafedictes 5 — 15 Jahre ſcharfes Zuchthaus,) ſo ſcheinen die der Bejahung entgegenſtehenden Bedenken in der That von nicht geringem Gewichte zu ſein und eine minder kurzabfertigende Zurückweiſung zu verdienen.

Gegen die obigen Einwürfe wird aber Folgendes entſcheidend ſein:

Vor Allem muß man ſich vergegenwärtigen, daß nach der P. G. O. §. 126 der Raub wie der dritte Diebſtahl mit dem Tode beſtraft werden ſollte. Wer zum drittenmal geſtohlen hatte, ſollte einem „Vergewaltiger" gleich geachtet werden. Durch den Tod des Räubers

Digitized by Google

fiel mithin die Frage über Anrechnung des Raubes in Bezug auf dritten Diebſtahl von ſelbſt weg und es bedurfte deßfalls keiner beſonderen Beſtimmung. Anders geſtaltet ſich aber die Sache, nachdem Geſetz oder gebilligte Praxis für gelindere Raubfälle zeitliche Freiheitsſtrafe an die Stelle der Todesſtrafe geſetzt hat. Man würde ſicher mit der Abſicht des Geſetzgeber's in grellen Widerſtreit gerathen, wenn man eine Entwendung, die er als beſonders gefährlich beſonders hart beſtraft wiſſen wollte, nun in der Art begünſtigte, daß man ſie deßhalb, weil ſie einen beſonderen Namen und Charakter erhalten hat, in Bezug auf Wiederholung des Diebſtahls nicht in Berechnung brächte.

Jeder Raub iſt zugleich ein Diebſtahl, denn er enthält alle Merkmale eines Diebſtahles, nur noch ein weiteres. Er iſt gleichwie die römiſche rapina nach dem Ausſpruch der römiſchen Rechtsgelehrten ein furtum und zwar ein furtum atrocius, der Räuber ein fur improbior. Vergl. *Heffter*, Lehrbuch des gemeinen deutſchen Criminalrechtes §. 518 Note 4.

pr. Inst. de vi bon: rapt. 4, 2.
l. 14. §. 12. D. quod metus caus. 4, 2.
l. 2. §. 10 D. de vi bon. rapt. 47, 8.
l. 1. §. 1. D. de effractor. et. expilator. 47, 18.

Wenn nun auch, wie bekannt, die Grundſätze des römiſchen Rechtes über furtum und rapina ſowohl in Bezug auf die Verfolgung dieſer Vergehen als auch in Bezug auf den Umfang ihres Begriffes vom deutſchen Rechte abweichen (man denke an das römiſche Syſtem der Privatdelicte, ferner an den Umſtand, daß der Römer auch ein furtum usus und possessionis annahm, dagegen gewaltſamen Diebſtahl als rapina betrachtete), ſo iſt doch das Verhältniß des Raubs zum Diebſtahl in der Hauptſache ein ähnliches geblieben, indem der Raub auch nach dem jetzigen Begriffe alle Merkmale des Diebſtahls enthält. Es verweiſt auch die P. G. O. im Art. 126 bei dem Verbrechen des Raubes ausdrücklich auf das römiſche Recht (gemeine kaiſerliche Rechte).

Jeder Raub iſt hienach, ſeinem Weſen nach aufgefaßt, als ein aus Diebſtahl und Gewaltthat zuſammengeſetztes Verbrechen zu betrachten.

Vergl. *Abegg*, Lehrbuch der Strafrechtswiſſenſchaft §. 376, 1377.

Henke, Handbuch des Criminalrechtes Thl. III. §. 164.

Hieraus ergibt ſich, daß in der Beſtrafung des Raubes immer auch die Beſtrafung des in dem Raube enthaltenen Diebſtahls liegt, und man wird deßhalb nicht gegen die Geſetze verſtoßen, vielmehr der Abſicht des Geſetzgebers vollkommen entſprechen, wenn man in unſerem Falle den Raub als Diebſtahl mitzählt. Ganz anders verhält ſich die Sache bei der Unterſchlagung anvertrauter Habe ſowie bei allen denjenigen Entwendungen *im weitern Sinne*, welche nicht alle Merkmale des Diebſtahls nach dem bei uns geltenden Begriffe enthalten, namentlich auch bei ſolchen Entwendungen, welche der Geſetzgeber nicht als eigentliche Diebſtähle behandelt wiſſen wollte, wie dieß bei erſten und zweiten Felddiebſtählen, bei den Entwendungen junger Diebe, die noch nicht 14 Jahre alt ſind, der Fall iſt. Derartige Entwendungen enthalten nicht alle Erforderniſſe eigentlicher Diebſtähle, ſie ſind *weniger* als Diebſtahl, können mithin auch nicht als Diebſtähle gezählt werden.

So wird denn der badiſche Richter, welcher vor Allem auf das Weſen des Verbrechens, nicht bloß auf Buchſtaben und Namen zu achten hat, ſich für die Bejahung unſerer Frage entſcheiden dürfen. Er wird immer im Räuber auch einen Dieb finden, wie denn auch der Franzoſe von Alters her, und insbeſondere nach dem code pénal, Räuber und Diebe mit dem gemeinſamen Namen voleurs bezeichnet. *)

---

*) Es iſt nicht zu verkennen, daß ſich nach der *beſtehenden* Geſetzgebung ungefähr gleichviel Gründe für die Bejahung, wie für die Verneinung der aufgeſtellten Frage anführen laſſen. Gleichwohl ſpricht für die *Verneinung* vorzugsweiſe: 1) die bisherige Praxis der Obergerichte, welche ſchweelich einen Fall aufzuweiſen hat, in dem unſere Feage *bejabend* entſchieden woeden wäre; 2) der Geundſatz, daß Strafgeſetze nicht ausdehnend zu interpretiren ſind, und 3) die Erläuternng 93, welche (abgeſehen von den Fällen der §§. 62, 64 und 79 des Strafedicts) die Wiederholung *deſſelben* Verbrechens (alſo nur den Rückfall im engeren Sinne) unter den *Erſchwerungen* aufzählt. —

Um einen Raub unter die Diebſtähle einzureihen, müßte man den Thatbeſtand deſſelben gleichſam ſeciren und daraus eine ideale Concurrenz zweier Verbrechen (Entwendung und Gewaltthätigkeit) foemieen. Dieſes iſt jedoch unthunlich, weil der Thäter nicht wegen Diebſtahls und Verwundung, beziehungsweiſe Mißhandlung, ſondern wegen Raubs beſtraft worden iſt. Der Raub erſcheint aber als eine einzige untheilbare Handlung, die einzelnen Merkmale, welche zum Thatbeſtande deſſelben erfordert werden, machen

Digitized by Google

Auch unter der Herrſchaft des neuen Strafgeſetzes wird unſere Frage einen Platz behaupten. Betrachten wir die hieher gehörigen Beſtimmungen dieſes Geſetzes, ſo finden wir:

Der Begriff des Diebſtahls bleibt (abgeſehen von der Ausſcheidung gewiſſer geringfügiger Entwendungen aus der Zahl der gerichtlich zu beſtrafenden Diebſtähle, §. 477) im Allgemeinen ungeändert (§. 376). Ebenſo bleibt der dritte Diebſtahl als eine mit ſtrenger Strafe (Arbeitshaus, Zuchthaus je nach Beſchaffenheit des Falles) bedrohte beſondere Art des Diebſtahls (§. 384) und der Raub iſt als ein eigenes, vom Diebſtahl unterſchiedenes Verbrechen beibehalten und in einem beſondern Titel abgehandelt (Tit. 28, §. 410—416). Während die Wiederholung von Verbrechen im Allgemeinen einen Grund zur Straferhöhung innerhalb des im unbeſtimmten Strafgeſetze gegebenen Spielraumes abgibt (§. 151 Ziff. 4 verglichen mit §. 149), kommt nur bei gewiſſen Verbrechen, bei welchen die Wiederverübung leicht zur einwurzelnden Gewohnheit wird, die nochmalige Verübung des nämlichen oder doch eines als gleichartig geltenden Verbrechens, nach verkündetem Strafurtheile in der vorigen Sache (vorausgeſetzt, daß noch nicht die in §. 200—202 feſtgeſetzten Verjährungsfriſten abgelaufen ſind) als eigentlicher Rückfall in Betracht (§. 183). Hier tritt als Rückfallsſtrafe jedesmal ein beſonderer Strafzuſatz hinzu, welcher mit der ſonſt zu erkennenden Strafe bis zu gewiſſem Grade das gedrohte höchſte Strafmaaß, ja ſelbſt das äußerſte Maaß der betreffenden Strafart, überſchreiten darf (§. 187—189). Welche Verbrechen zuſammen als gleichartig gelten, iſt im Geſetz durch Aufſtellung von neun Klaſſen oder Familien beſtimmt (§. 183. 185). Zu der erſten dieſer Familien gehören Diebſtahl und Raub, wie auch Betrug, Unterſchlagung, Wucher u. ſ. w. Wer alſo erſt ſtiehlt, und ſpäter, nach verkündetem Strafurtheil, raubt oder betrügt, unterſchlägt, wuchert u. ſ. w., wird eines Rückfalls ſchuldig. Es iſt jedoch nicht zu bezweifeln, daß bei dem dritten Diebſtahl immer ein Rückfall in das nämliche, nicht etwa nur ein gleichartiges Verbrechen erforderlich iſt.

Dieß geht ſchon aus dem Namen und Begriff des dritten Diebſtahls, ſodann aus der Faſſung des §. 384 „Rückfalls in eben dieſes Verbrechen" (im Entwurfe vom Jahr 1836—1838 §. 317 fehlten die erläuternden Worte „in eben dieſes") klar hervor; auch iſt es aus den Anmerkungen der Geſetzgebungscommiſſion zum Entwurf §. 166. 167 zu erſehen.

Vgl. Commiſſionsbericht des Staatsraths Wolf in der erſten Kammer zu Titel 8 des Entwurfes, landſtändiſche Verhandlungen vom Jahr 1841—1842, Protokolle der erſten Kammer, Beilagenheft 1, S. 209.

Thilo, Strafgeſetzbuch mit Motiven u. ſ. w. S. 196 folg. S. 202. S. 332.

Eine ausdrückliche Beſtimmung, daß ein vorausgegangener Raub in dem fraglichen Falle gleich einem Diebſtahl in Anrechnung kommen ſoll, findet ſich nun im neuen Strafgeſetze nicht; der Stoff zu Bedenken in der angedeuteten Richtung iſt daher auch in der künftigen Geſetzgebung vorhanden.

Wenn man einerſeits für die bejahende Beantwortung unſerer Frage die Faſſung der §§. 410. 411. anführen kann („Wer den Diebſtahl einer Sache dadurch bewerkſtelligt" u. ſ. w.), indem hiedurch unmittelbar und ausdrücklich ausgeſprochen iſt, daß der Raub regelmäßig zugleich den Thatbeſtand des Diebſtahls enthält, ſo mag man andererſeits die obenerwähnten Beſtimmungen der §§. 183—185 entgegenhalten, indem man daraus den Schluß zieht, daß Raub und Diebſtahl nur als gleichartige, nicht aber als daſſelbe Verbrechen behandelt werden dürfen, wo es auf Rückfälle ankommt, und es ließe ſich hiebei ferner in die Wagſchale bringen, daß in Folge des angenommenen Syſtems der nach Art und

---

zuſammen nur ein Verbrechen aus, durch deſſen Begehung folgeweiſe auch nur ein Strafgeſetz übertreten wird.

Wenn der Räuber nachmals in abgeſonderten Handlungen eine Entwendung und eine Verwundung verübt, ſo darf man daraus ebenſo wenig einen Raub zuſammenſetzen, als man ſagen kann, der Thäter habe ſich einer wiederholten Entwendung und einer wiederholten Verwundung ſchuldig gemacht, weil er früher einen Raub mit körperlicher Verletzung des Damnificaten begangen hatte. Dürfte man die Beſtandtheile des Raubes von einander trennen, und die darin begriffene Entwendung als einen ſelbſtſtändigen Diebſtahl betrachten, ſo würde es die Conſequenz fordern, daß der Strafe des Raubs, wenn der Thäter ſchon zweimal wegen Diebſtahls beſtraft war, nach der Erläuterung 97 noch zwei Drittel der Strafe des dritten Diebſtahls mit 16monatlichem Zuchthaus beigeſchlagen werden. Dadurch würde man aber mit dem ſtrafrechtlichen Grundſatze „ne bis in idem" in Conflict gerathen. Nach dieſer Auffaſſung ſcheint daher obige Frage verneint werden zu müſſen. D. R.

Digitized by Google

Größe der Strafen unbeſtimmten Strafdrohung die Verneinung unſerer Streitfrage den Richter weit weniger verhindern würde, im einzelnen Falle eine der Verſchuldung des Rückfälligen angemeſſene Strafe zu erkennen. Immerhin wird indeſſen unſere Frage im Hinblick auf die oben entwickelten Gründe, welche wenigſtens zum Theil auch im Gebiete des neuen Rechtes ihr Gewicht bewahren werden, auch künftig bejahend zu entſcheiden ſeyn, da die Faſſung der §§. 183—185 keineswegs nothwendig zu dem obigen Schluſſe führt; die getrennte Aufzählung von Raub und Diebſtahl war ja bei dem geſetzlich ſtatt findenden Unterſchiede zwiſchen beiden Verbrechen keinesfalls zu vermeiden, mithin kann hierauf wenig Gewicht gelegt werden. Der §. 185 aber (verglichen mit §. 184 Ziff. 2) hat auch die Uebertretungen des nämlichen Strafgeſetzes unter den Begriff der gleichartigen Verbrechen mit aufgenommen, weßhalb er ſo aufgefaßt werden durfte, daß alsdann, wenn zwei Verbrechen nicht ſchon als Uebertretungen des nämlichen Strafgeſetzes unzweifelhaft als Verbrechen gleicher Art ſich darſtellen, die gemeinſame Stellung in einer und derſelben der im §. 183 aufgeführten Ordnungen oder Familien entſcheiden ſoll.

(Zu bemerken iſt übrigens, daß das Geſetz an andern Orten, in §§. 200. 201. 202 den Begriff der Gleichartigkeit in engerem Sinne nimmt, indem es gleiche und gleichartige (bloß gleichartige) Verbrechen trennt.)

Eduard Brauer.

III.

Vaterſchaftsklage, gegründet auf freiwillige Geſtändniſſe.

Klumpp gegen Scherer.

Der Beklagte ſollte für den Vater des von der Klägerin am Weihnachtstage 1839 geborenen und Joſeph getauften Knaben, ſo wie als Vater des von derſelben am 18. Juni 1843 geborenen und Veronika getauften Mädchens erklärt werden.

Die Klage, in welcher um ein deßfallſiges Erkenntniß gebeten war, ſtützte ſich auf dreierlei Geſtändniſſe, welche jedoch der Anwalt des Beklagten in ſeiner Vernehmlaſſung vom 12. Jan. 1845 theils geradezu in Abrede ſtellte, theils als unfreiwillige bezeichnete, zugleich aber auch als richtig zugeſtand:

daß die ſtreitenden Theile längere Zeit in geſchlechtsvertraulichem Umgang mit einander gelebt hätten und daß in Folge deſſelben die in der Klage benannten Kinder gezeugt worden ſeien.

Zufolge eines amtlichen Zwiſchenbeſcheids trat die Klägerin den ihr auferlegten Beweis durch mehrere Zeugen und durch zwei Briefe, ſo wie durch Berufen auf ältere Acten an. Dieſe Acten und Briefe wurden in einer Productionstagfahrt vom Beklagten als ächt anerkannt.

Hierauf erließ der Unterrichter, ohne auf eine vollſtändige Erhebung und nähere Würdigung der angetretenen Beweiſe einzugehen, unterm 9. April 1845 das Endurtheil, wodurch die Klage abgewieſen wurde, weil dieſelbe nicht, wie es nach dem ſtreng zu interpretirenden Ausnahmsgeſetze (L.R.S. 340 a.) hätte geſchehen müſſen, auf die Thatſache des zugeſtandenen Beiſchlafs um die Zeit der geſetzlich unterſtellbaren Empfängniß geſtützt ſei.

Das Großherzogliche Hofgericht erkannte dagegen auf Appellation der Klägerin, durch abänderndes Urtheil vom 3. Sept. 1845 nach dem Klagbegehren, indem daſſelbe die Klage durch die darin enthaltene Anführung der freiwilligen Geſtändniſſe für begründet und durch die Vernehmlaſſung des Beklagten die Vaterſchaft als zugeſtanden erachtet hatte.

Hiergegen beſchwerte ſich der Beklagte im Wege der Oberberufung darüber, daß die rechtliche Begründung der Klage eigentlich aus der Vernehmlaſſung abgeleitet und daß das in derſelben abgelegte Geſtändniß, auf welches die Klage weder gebaut ſei, noch habe gebaut werden können, als ein ſolches betrachtet worden, in Folge deſſen der Beklagte zum Vater der fraglichen Kinder erklärt werden könne und müſſe.

Das hofgerichtliche Urtheil wurde jedoch in dritter Inſtanz unterm 15. Oct. 1846 lediglich beſtätigt.

Oberhofgerichtliche Entſcheidungsgründe.

Das Geſetz läßt die Vaterſchaftsklage ausnahmsweiſe gegen denjenigen zu, welcher des Beiſchlafs mit der Mutter eines Kindes um die Zeit der geſetzlich unterſtellbaren Empfängniß freiwillig geſtändig iſt. Die Worte des L.R.S. 340 a. ſind jedoch nicht gerade buchſtäblich zu nehmen, indem dieſe Geſetzesſtelle auch dann Anwendung findet, wenn

Digitized by Google

ſich Jemand aus eigenem Antriebe irgendwo zum Vater bekannt und Vaterpflicht zu übernehmen zugeſagt hat. *)

Brauer, Erläuterungen I., 248.

Verordnung vom 10. Juni 1809, Regbl. Nr. 27.

Denn wer ſich zum Vater eines Kindes bekennt, der geſteht dadurch zu, daß er mit der Mutter deſſelben um die Zeit der geſetzlich unterſtellbaren Empfängniß den Beiſchlaf vollzogen habe.

Die vorliegende Klage wird nun auf die Behauptung geſtützt, daß der Beklagte ſich von freien Stücken bei dritten Perſonen mündlich, und der Klägerin gegenüber ſchriftlich als Vater ihrer 2 Kinder bekannt und Vaterpflichten zu übernehmen verſprochen, auch daß er am 1. Dec. 1843 und am 13. Juli 1844 ſich ohne irgend eine Vorladung vor Gericht verfügt und ohne irgend eine äußere Veranlaſſung zugeſtanden habe, der Vater jener außerehelich erzeugten Kinder zu ſein.

Indeſſen können die angeblich bei dritten Perſonen gemachten Geſtändniſſe nicht in Betracht kommen, weil ſolche nicht der Klägerin gegenüber abgelegt worden ſind.

Jahrbücher, N. F. VII., 321.

Aber auch die vor Gericht abgelegten Geſtändniſſe ſind zur Klagbegründung nicht hinreichend. Die Klägerin berief ſich nämlich zum Beweis derſelben auf die Adminiſtrativacten i. S. Franziska Klumpp gegen Fr. Joſeph Scherer, Ernährungsbeitrag zur Unterſtützung zweier unehelichen Kinder betreffend, in welchen die amtlichen Protokolle v. 1. Dec. 1843 und v. 13. Juli 1844 enthalten ſein ſollen.

Dieſe Acten wurden in der amtlichen Tagfahrt vom 27. März 1845 vorgelegt und beklagterſeits für ächt anerkannt.

Allein ſchon aus der Rubrik dieſer nicht eingeſendeten Acten geht hervor, daß die fraglichen Geſtändniſſe, wenn auch freie, doch keine freiwilligen ſein können, da ſie, wie der Beklagte ausdrücklich behauptet, nur in Folge jeweiliger Vorladung auf richterliches Befragen abgelegt wurden.

Rechtsbelehrung v. 27. Juni 1812, Regbl. Nr. 21.

Jahrbücher, N. F. II., 192.

Annalen XI., S. 43.

Dagegen ſind die ebenfalls anerkannten Briefe, worin Beklagter der Klägerin gegenüber von ſeinen 2 Kindern ſpricht, welche dieſe von ihm habe; und insbeſondere ſagt: daß du 2 Kinder von mir haſt, läugne ich ja nicht, das laß ich nach dem Geſetz richten; ferner: ich will für meine Kinder ſorgen, wenn es auch nicht gleich iſt, ſo iſt es ſpäter — zur Nachweiſung des Klaggrundes wohl geeignet. (Annalen XII. S. 181.) Obgleich nämlich der eine Brief, wie beklagterſeits richtig eingewendet wurde, weder mit Ort, Jahr und Tag, noch mit Unterſchrift verſehen iſt, ſo kann doch bei dem vorliegenden Anerkenntniß die Aechtheit ſeines Inhaltes um ſo weniger bezweifelt werden, als beide mit einander zuſammenhängenden Schreiben ſich über den nämlichen Gegenſtand verbreiten und in dem von dem Anwalte des Beklagten unterm 12. Januar v. J. abgelegten Geſtändniſſe ihre volle Beſtärkung finden ꝛc. D. R.

*) Ueber die entgegengeſetzte Anſicht vergl. Annalen VII., Nr. 26. D. R.

IV.

Kirchenbauſache.

1) Wie ſind die Worte „vor der Spaltung in der Religion" in §. 29 des Bauedicts auszulegen?

2) Werden die Baurechte einer Kirche dadurch aufgehoben, daß ein Kirchengebäude von ſeiner urſprünglichen Stelle verlegt, und die Kirche einer andern Confeſſion an dieſer Stelle erbaut wird?

3) Iſt die Verbindlichkeit mehrerer Baupflichtigen eine untheilbare?

I. Der §. 29 des Kirchenbauedikts beſtimmt, daß wenn eine Gemeindsmarkung mehrere Kirchſpiele verſchiedener Religion umfaßt, die in dem Geſetze enthaltenen Regeln über die Baupflicht nur derjenigen Kirche zu gut kommen ſollen, „welche ſchon vor der Spaltung in der Religion Pfarrkirche war."

In einem bei dem Großherzoglichen Hofgerichte des Unterrheinkreiſes verhandelten Rechtsſtreite J. S. der evangeliſchen Kirchengemeinde Eubigheim gegen die Zehnherrn daſelbſt, nämlich den Großherzoglichen Fiscus und die Grundherrſchaft von Rüdt, Kirchenbaulaſt betreffend wurde die Auslegung jener Geſetzesſtelle einer genauen Erörterung unterworfen, wovon wir das Weſentliche hier mittheilen.

1) Die klagende Gemeinde behauptete, unter dem Zeitpunkte der „Spaltung in der Religion" könne nur das

Digitized by Google

Normaljahr 1624 verſtanden werden *), weil der Religionszuſtand dieſes Jahres durch den Weſtphäliſchen Frieden als Norm ſowohl für die Landesherrn, als für die unmittelbare Reichsritterſchaft beſtimmt, und der Beſitzſtand als Rechtstitel dafür erklärt worden ſei, welchem Religionstheil die Berechtigung zur Religionsübung und das Eigenthum am Kirchenvermögen und Religionsrechten aller Art zuſtehen ſollen, (Instr. Pac. Osn. art. V.), eine Beſtimmung, welche auch in §. 63 des Reichsdeputationshauptſchluſſes von 1802 und §. 18 unſeres III. Organiſationsedikts vom 11. Februar 1803 wiederholt worden ſei. Auf die Zeit der Reformation könnten jene Worte nicht bezogen werden, denn ſonſt hätten vorweg überall, wo ſich beide Confeſſionstheile an einem Orte fänden, nur die Katholiken und nirgends die Proteſtanten in Kirchenbauangelegenheiten Anſprüche an die im Edikte als Bauherren bezeichneten Perſonen.

2) Die Beklagten dagegen erklärten: die Spaltung in der Religion ſei die Reformation. Diejenigen Kirchen alſo, welche ſchon vor der Reformation Pfarrkirchen geweſen, ſeien es, von welchen das Baudikt a. a. O. handle. Ob dieſe Kirchen in der Folge katholiſch blieben oder ob ſie proteſtantiſch wurden, ſei gleichgültig; grundlos ſei daher der klägeriſche Einwand gegen dieſe Auslegung; denn wenn die Kirche, welche vor der Reformation eine katholiſche war, in Folge der Reformation eine evangeliſche geworden und geblieben ſei, ſo hätten die Evangeliſchen allein bezüglich auf dieſe ihre Kirche die im Edikt begründeten Bauanſprüche. Das Normaljahr 1624 ſei nur dafür entſcheidend, welchem Religionstheile eine damals vorhandene Kirche *angehören* habe. Die Frage aber, ob dieſe Kirche im Sinne des §. 29 des Baudikts vor der Spaltung in der Religion *Pfarrkirche* geweſen ſei oder nicht? ſei von dem Zuſtande der Dinge zur Zeit des Normaljahrs durchaus unabhängig. Eine Kirche könne nach Maßgabe des Zuſtandes im Normaljahre den Katholiken oder den Proteſtanten angehört haben und doch in einem, wie in dem andern Falle vor der Religionsſpaltung eine Pfarrkirche geweſen ſein oder nicht. Angenommen z. B., vor der Reformation hätten in Eubigheim zwei Kirchen beſtanden, eine Pfarrkirche und eine Hülfskirche, die erſte wäre in den Beſitz der Evangeliſchen gekommen, die andere aber von den Katholiken, nach dem Verluſte jener Kirche, zu ihrer Pfarrkirche erhoben worden, und in dieſem Zuſtande hätte der annus decretorius beide Kirchen getroffen; in dieſem Falle würde die Kirche der Evangeliſchen allein, obgleich auch die der Katholiken *im Jahre* 1624 eine Pfarrkirche geweſen, die Rechte des §. 29 anzuſprechen haben.

3) In den Entſcheidungsgründen zu dem hofgerichtlichen Beweiserkenntniſſe vom 14. Februar 1846 iſt, nach Erwähnung der von beiden Theilen aufgeſtellten Anſichten, bemerkt:

„Keine dieſer beiden Auslegungen kann als richtig erachtet werden. Das Jahr 1624 iſt durch den Weſtphäliſchen Frieden (art. V. §. 14) nur in dem Sinne für entſcheidend erklärt, daß alle geiſtlichen Güter demjenigen Confeſſionstheile verbleiben ſollen, welcher ſich am 1. Jan. 1624 in deren Beſitze befand. Nur in eben dieſem Sinne iſt das Jahr 1624 auch in §. 63 des Reichsdeputationshauptſchluſſes von 1802 und in §. 18 des dritten Organiſationsedikts als Normaljahr bezeichnet und die gedachte reichsgeſetzliche Beſtimmung wiederholt. Allein in vorliegendem Falle handelt es ſich nicht um die Frage, welchem Confeſſionstheile das Eigenthum der gegenwärtigen evangeliſchen Kirche zuſtehe, ſondern lediglich um die Frage, ob dieſe Kirche ſchon vor der Spaltung in der Religion den Charakter und die Rechte einer Pfarrkirche, im Gegenſatze zu einer Hülfskirche, genoſſen habe: eine Frage, die ganz unabhängig von der Frage des Eigenthums am Kirchenvermögen iſt. Die erwähnte Beſtimmung des §. 29 des Baudikts beruht offenbar auf der Betrachtung, daß der Rechtsſtand eines Baupflichtigen durch die Trennung einer Kirchſpielsgemeinde in zwei ſolchen Gemeinden nicht erſchwert, daß z. B. dem Zehntherrn, welchem früher die Erbauung und Unterhaltung *einer* Kirche obgelegen, nicht auch noch in Bezug auf die Kirchengebäude der neu entſtandenen Gemeinde die gleiche Laſt auferlegt werden könne. Es fragte ſich daher nur noch, *welcher* der ſpäter neben einander beſtandenen Kirchen die Baupflicht eines Dritten zu Statten kommen ſolle; und dieſe Frage hat das Geſetz zu Gunſten derjenigen Kirche entſchieden, welche ſchon vor der Spaltung in der Religion *Pfarrkirche* geweſen iſt.

(Schluß folgt.)

*) Dieſe Anſicht hat auch *Küßwieder* im Archiv von Duttlinger u. A., Bd. II. S. 260 Anm. 38, jedoch ohne nähere Begründung, ausgeſprochen.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 46. Karlsruhe den 14. November 1846.

I.

Kirchenbauſache.

1) Wie ſind die Worte „vor der Spaltung in der Religion" in §. 29 des Bauedicts auszulegen?

2) Werden die Baurechte einer Kirche dadurch aufgehoben, daß ein Kirchengebäude von ſeiner urſprünglichen Stelle verlegt, und die Kirche einer andern Confeſſion an dieſer Stelle erbaut wird?

3) Iſt die Verbindlichkeit mehrerer Baupflichtigen eine untheilbare?

(Schluß.)

Hätte das Geſetz ſtatt deſſen verfügt, daß die Baulaſt denjenigen Pfarrkirchen zu gut komme, welche am 1. Jan. 1624 beſtanden, ſo würde z. B. in dem Falle, wenn vor dieſem Zeitpunkte eine Religionstrennung in einer Gemeinde ſtatt gefunden und jede der neuen Gemeinden eine Pfarrkirche errichtet hätte, der Zehntherr verbunden ſein, die Baulaſt für beide Kirchen zu übernehmen, wodurch offenbar ſeine Lage, gegen den klaren Willen des Geſetzes, durch die Religionstrennung verſchlimmert, die auf dem Zehnten ruhende Laſt vergrößert würde, obgleich der Zehnte ſelbſt in unverändertem Umfange fortbeſtand.

„Als Zeitpunkt der Spaltung in der Religion kann aber nur derjenige angeſehen werden, um welchen die Mitglieder einer beſtimmten politiſchen Gemeinde, welche bis dahin der nämlichen Confeſſion angehört hatten, ſich in zwei Kirchſpielsgemeinden getrennt haben. Denn da die Reformation in den einzelnen Theilen von Deutſchland und ſelbſt in den einzelnen jetzt zu dem Großherzogthum Baden vereinigten Gebieten zu ſehr verſchiedenen Zeiten Eingang gefunden hat, ſo würde durch jene Geſetzesſtelle, hätte ſie nicht auf eine örtliche Confeſſionstrennung, ſondern auf jene Religionsbewegung im Allgemeinen Bezug nehmen wollen, ein feſtbeſtimmter Zeitpunkt überall nicht bezeichnet worden ſein. Darauf aber, ob dieſe örtliche Trennung vor oder nach dem Jahr 1624 eingetreten ſei, kommt für die hier vorliegende Frage nichts an, da daſſelbe inſofern weder im §. 29 des B. E. noch an irgend einer andern Geſetzesſtelle als maßgebend erklärt iſt."

Dieſelbe Anſicht wurde von dem genannten Gerichtshofe in der Streitſache zwiſchen der evangeliſchen Kirchſpielsgemeinde Uiffingen und der Fürſtlich und Gräflich Löwenſtein-Wertheimiſchen Domänenkanzlei, Baupflicht betreffend, in den Entſcheidungsgründen zu ſeinem Beweiserkenntniſſe vom 8. Auguſt 1846 ausgeſprochen. Da die Motivirung von der obigen theilweiſe abweicht, ſo theilen wir ſie hier gleichfalls mit:

„Der Artikel 29 des Bauedikts, inſofern er beſtimmt, daß da, wo in einer Ortsgemarkung Kirchengemeinden von verſchiedener Religion beſtehen, die Regeln über die Baupflicht nur derjenigen Kirche zu gut kommen, welche ſchon vor der Spaltung in der Religion Pfarrkirche war, unterſcheidet hier nicht zwiſchen den einzelnen Confeſſionen, er begreift alſo hierunter ſowohl die katholiſchen als die evangeliſch-proteſtantiſchen Religionsgemeinſchaften, deren Kirchengebäude zu dem von ihm angegebenen Zeitpunkte die Rechte von Pfarrkirchen genoſſen haben können; der Artikel kann alſo, weil es vor der Reformation eine evangeliſche Kirche überhaupt nicht gegeben hat, und eine ſolche daher auch Pfarrrechte nicht genoſſen haben konnte, unter der Spaltung in der Religion nicht die Reformation verſtehen. Er hat vielmehr augenſcheinlich nur den Fall zum Gegenſtand, wo in

Digitized by Google

einer Gemeindegemarkung zu *irgend einer Zeit* nur eine der fraglichen Confeſſionen pfarrberechtigt war, in der Folge aber eine Religionstrennung vor ſich ging, und auch die andere Confeſſion Pfarrrechte und Pfarrgebäude erwarb; und er will durch ſeine Beſtimmung die Rechte derjenigen Confeſſion ſchützen, welche vor jener Trennung die pfarrberechtigte war, ohne daß er hierbei ein beſtimmtes Jahr als das entſcheidende feſtſetzen wollte und beziehungsweiſe konnte.“

II. In der zuerſt erwähnten Sache wurde von der Klägerin behauptet: Im Jahr 1552 ſei in Eubigheim der evangeliſche Gottesdienſt eingeführt worden und es habe von da bis 1635 nur eine einzige Kirchſpielsgemeinde, die evangeliſche, dort beſtanden. Im Jahr 1635 ſei der eine Grundherr, und mit ihm wahrſcheinlich ein Theil der Ortsbewohner, zur katholiſchen Religion zurückgekehrt, und von jetzt an ſei katholiſcher Gottesdienſt abwechſelnd mit dem evangeliſchen in derſelben Kirche gehalten worden. Im 18. Jahrhundert hätten die Katholiken, in Folge von Streitigkeiten, die Kirche räumen müſſen; 1780 ſei aber zwiſchen den beiden Grundherrſchaften ein Vergleich zu Stande gekommen, wonach die alte evangeliſche Kirche, weil ſie baufällig war, abgeriſſen und eine neue an einem andern Platze aufgebaut, der alte Kirchenplatz aber den Katholiken zur Erbauung einer Kirche überlaſſen werden ſollte. So ſeien dann die beiden neuen Kirchen in den Jahren 1780 und 1782 errichtet worden. Obgleich keines dieſer Gebäude vor der Spaltung in der Religion beſtanden habe, ſo müſſe doch die evangeliſche Kirche im Sinne des §. 29 des Bauedicts als Pfarrkirche angeſehen werden, weil zu jener Zeit die evangeliſche Kirchſpielsgemeinde im Beſitze der ausſchließlichen Religionsübung geweſen ſei und eine Pfarrkirche beſeſſen habe.

Die Beklagten beſtritten, daß die gegenwärtige evangeliſche Kirche die Fortſetzung derjenigen Kirche ſei, welche vor dem Vergleiche von 1780 beſtanden habe; nur die jetzige katholiſche Kirche ſei diejenige, welche vor der Religionsſpaltung Pfarrkirche geweſen, weil ſie auf dem Grund und Boden der alten Pfarrkirche ſtehe und der Grundſatz „superficies solo cedit“ (L.R.S. 552) auch von kirchlichen Gebäuden gelte. Nach dem Vortrage der Klägerin ſei diejenige Kirche, welche vor 1780 auf dem Platze der jetzigen katholiſchen Kirche geſtanden, eine Simultankirche geweſen; wenn nun durch den Vergleich von 1780 die Aufhebung des simultaneum, der Abbruch der gemeinſchaftlichen Pfarrkirche und die Erbauung getrennter Confeſſionskirchen beſchloſſen worden, ſo könne, wenn überhaupt eine der neuen Kirchen, doch nur diejenige die Rechte des §. 29 des Bauedicts anſprechen, deren Gemeinde vor der Religionsſpaltung eine Pfarrkirche beſeſſen habe und welche an demſelben Platze errichtet worden, wo jene frühere Pfarrkirche geſtanden ſei.

Die Klägerin erwiederte hierauf, aus der gedachten Verlegung der Kirche könne darum nichts zum Nachtheile der evangeliſchen Gemeinde abgeleitet werden, weil die altbeſtandene evangeliſche Pfarrkirche nebſt Kirchenplatz in dem Vergleiche von 1780 beiderſeits als Eigenthum jener Gemeinde anerkannt worden ſei.

In den erwähnten hofgerichtlichen Entſcheidungsgründen iſt über dieſen Punkt geſagt:

„Die von den Beklagten angerufene Geſetzesſtelle (L.R.S. 522) iſt hier nicht anwendbar. Denn die in Bezug auf eine Kirche beſtehende Baulaſt haftet keineswegs an dem Boden, auf welchem die Kirche ſteht, die der Baulaſt entſprechende Berechtigung iſt weder ein Ausfluß des Eigenthums an dieſem Boden, noch eine, zu deſſen Gunſten beſtellte Dienſtbarkeit, ſondern ein Recht, als deſſen Subject die Kirchſpielsgemeinde erſcheint, und für deſſen Beſtand es vollkommen gleichgiltig iſt, wohin auch die betreffende Kirche innerhalb des Kirchſpiels verlegt werden mag. In dem Vergleich von 1780 iſt aber die Kirche, welche abgebrochen und mit deren Materialien eine neue Kirche an einem andern Orte errichtet werden ſollte, wiederholt die *evangeliſche* Kirche genannt und es iſt in §. 7 beſtimmt, daß Glocken, Uhr und alle übrigen Materialien der abzubrechenden evangeliſchen Kirche der von Rüdtiſchen Familie (welcher der evangeliſche Antheil des Ortes gehörte) verbleiben ſollten. Hieraus ergibt ſich unzweifelhaft, daß nicht eine neue evangeliſche Kirche errichtet, ſondern das beſtehende Gebäude nur an eine andere Stelle verlegt werden ſollte. Durch dieſe Verlegung aber konnte die beſtehende Kirche (oder die Kirchſpielsgemeinde) ſo wenig ihr Recht auf Beſtreitung des Bauaufwands durch einen Dritten, als irgend ein anderes Vermögensrecht, verlieren.“

III. In der erwähnten Sache Uiſſingen gegen von Löwenſtein wurde die Baupflicht allein und für das Ganze von den Beklagten um deßwillen in Anſpruch genommen,

Digitized by Google

weil die beiden Condecimatoren, nämlich die evangeliſche und die katholiſche Pfarrei in Uiſſingen, bezüglich auf ihren Antheil am Zehnten, baufrei ſeien, indem beide rückſichtlich ihres Einkommens nach §. 21 des Kirchenlehensherrlichkeitsedikts zu den untern Mittelſtellen gehörten.

Hierüber bemerken die Entſcheidungsgründe:

„Wenn in der Klage, obgleich darin anerkannt iſt, daß die Beklagten nur zu einem beſtimmten Theile auf der Uiſſinger Gemarkung zehntberechtigt ſeien, gleichwohl auf den Grund ihrer Zehntberechtigung die Verurtheilung derſelben zur alleinigen Baupflicht für das ganze Pfarrhaus begehrt wird, ſo iſt dieſer Anſpruch unbegründet. Denn die Verpflichtung zur Erbauung oder Ausbeſſerung von Kirchen-, Pfarr- und andern in dem Bauedikt erwähnten Gebäuden wird darin keineswegs als eine untheilbare erklärt, vielmehr ergibt ſich aus mehreren Beſtimmungen, nämlich aus den Artikeln 3, 8, 10 und 11 jenes Geſetzes, daß es die Theilbarkeit jener Laſt unter mehrere Pflichtigen ausdrücklich anerkennt. Ebenſo erkennt jenes Edikt in Artikel 8 eine Theilung der Zehntberechtigung unter mehrere Perſonen an, gleichwohl aber verordnet es für einen ſolchen Fall nur, daß jeder Berechtigte nach Verhältniß ſeines Antheils am Zehntbezug zu den Antheilen der übrigen Zehntberechtigten zu den Baulaſten beizutragen habe, ohne jedoch hierbei eine Sammtverbindlichkeit der einzelnen Zehntherren feſtzuſetzen."

„Kraft Geſetzes beſteht daher für den Fall, wo einer von mehreren Zehntberechtigten die Erwerbung der Baufreiheit für ſich nachzuweiſen vermag, für die übrigen Zehntherren keine Verpflichtung, für den hierdurch ausfallenden Antheil am Baukapital einzuſtehen."

K. Ammann.

II.

Miteigenthum.

1) Gebrauchsrecht der einzelnen Miteigenthümer an der gemeinſchaftlichen Sache.

2) Untheilbarkeit gewiſſer gemeinſchaftlicher Sachen.

L. R. S. 577 bg. 8276.

1) Dem franzöſiſchen Rechte fehlen beſondere Vorſchriften über das Miteigenthum gänzlich und die Zuſätze 577 ba — bg unſeres Landrechts beziehen ſich vorzugsweiſe nur auf die Verfügung über die Sache ſelbſt und laſſen die Frage, wie es mit deren Gebrauch zu halten ſei, unberührt, ſo daß man in dieſer Hinſicht auf die der rechtlichen Natur des Verhältniſſes entſprechenden allgemeinen Rechtsgrundſätze verwieſen iſt. Dies hat zu einer verſchiedenartigen Behandlung der Sache geführt; bald nahm man an, daß ein reines Eigenthumsverhältniß vorliege, bald daß in gewiſſer Beziehung die Regeln über Grunddienſtbarkeiten anzuwenden ſeien, und es hat ſich dieſe Ungewißheit insbeſondere bei Beurtheilung der Frage gezeigt, welches Gebrauchsrecht dem einzelnen Theilhaber auf die Einfahrt, den Hof, den Gang oder ähnliche Sachen zuſtehe, wenn dieſelben bei Errichtung benachbarter Gebäude gemeinſchaftlich erworben, oder bei der Theilung eines vorhandenen Gebäudes in Gemeinſchaft belaſſen wurden.

Es iſt nicht zu verkennen, daß hier ein eigenthümliches Verhältniß vorliegt, welches auf den erſten Anblick mit der Natur der Dienſtbarkeiten viele Aehnlichkeit hat; gleichwohl aber wird es nicht zuläſſig ſein, die hierüber geltenden Grundſätze analog anzuwenden. Im Allgemeinen ſind auch hiemit wohl alle Rechtslehrer einverſtanden. Es ſagt darüber insbeſondere Toullier tome III. Nr. 469 bis: Man darf die Miteigenthumsrechte an Sachen, die ihrer Natur oder Beſtimmung wegen in einem Zuſtand gezwungener Gemeinſchaft bleiben, wie der Eingang oder die Hausflur, die Höfe, Brunnen, Dunggruben und dergl., welche verſchiedenen Stockwerken eines Hauſes, oder auch zwei Häuſern gemein ſind, nicht verwechſeln mit den Dienſtgerechtigkeiten. Sie ſind in der That ſehr verſchiedener Natur. Die Dienſtbarkeiten können nur auf dem Grundſtück eines Andern laſten, der Eingang oder die Hausflur zweier Hausbeſitzer gehören aber nicht dem Einen als ein beſonderes Eigenthum, auf welches der Andere eine Dienſtgerechtigkeit haben könnte, ſondern ſie ſind ein gemeinſchaftliches, ungetheiltes Eigenthum Aller .... Es iſt augenſcheinlich, daß dieſe Rechte an der ungetheilt belaſſenen Sache, dieſe Gemeinſchaftsrechte, (droits de communauté), verſchieden ſind von den aus einer Dienſtbarkeit entſpringenden Rechten (droits de servitude).

Noch tiefer geht Pardessus in ſeinem traité des servitudes auf die Sache ein. Er bemerkt in Nr. 7: Wer mit Einem oder Mehreren in ungetheilter Gemeinſchaft eines Brunnens, eines Hofes, eines Ganges, eines Weges

Digitized by Google

ſteht, der übt auf dieſe Gegenſtände nicht die Dienſtgerechtigkeit des Waſſerſchöpfens, des Durchgangs aus, ſondern er hat ein Eigenthumsrecht, weniger frei und ausgedehnt zwar, als wenn Alles in ſeiner Hand vereinigt wäre, aber dieſer Umſtand ändert an der Natur des Rechtes nichts. Nr. 8: das Eigenthumsrecht geſtattet die freie Ausübung aller Gebrauchsarten, zu welchen eine Sache beſtimmt ſein kann, und wenn die eigenthümliche Natur der Sache bei dem Miteigenthum Beſchränkungen nothwendig machen kann, ſo iſt die Ausübung dieſes Rechtes doch ſtets mannigfacher und ausgedehnter als die einer Dienſtgerechtigkeit.

Nr. 170: Das Miteigenthum einer Sache verleiht jedem Theilhaber das Recht, ſich derſelben zu dem Gebrauch zu bedienen, zu welchem ſie ihrer Natur nach beſtimmt iſt. Dieſes Recht iſt nur beſchränkt durch das Intereſſe der übrigen Miteigenthümer, welches nicht zuläßt, daß ein Einzelner die gemeinſchaftliche Sache mißbrauche und ſich derſelben auf eine Art bediene, daß die Uebrigen des Gebrauchs, den ſie in gleicher Weiſe anſprechen können, beraubt werden. Nr. 192: Der Rechtstitel beſtimmt den Gebrauch, welcher einem Jeden zuſteht; verfügt er nichts Anderes und iſt durch Verjährung eine Abweichung nicht eingeführt, ſo muß im Allgemeinen angenommen werden, daß jeder gleiche Rechte und der Eine ſoviel Rechte habe, als der Andere. Nicht nach den Vorſchriften über Dienſtbarkeiten hat man ſich zu richten, denn der Gebrauch der gemeinſchaftlichen Sache iſt nicht eine Dienſtgerechtigkeit.

Hiemit im Einklang ſteht eine von Sirey et Devilleneuve im recueil général t. 30 II. p 35 mitgetheilte Entſcheidung, wornach der Eigenthümer des zweiten Stockes nicht verhindern kann, daß jener des dritten Stockes das ihm gehörige Dachgeſchoß in ein Stockwerk umwandle, wenn dadurch weder die Benutzung, noch die Beſtimmung der gemeinſchaftlich gebliebenen Sache (des Daches) erſchwert oder geſtört wird.

Dieſer klaren Entwickelung der anzuwendenden Rechtsgrundſätze ungeachtet, laſſen ſich ſowohl Toullier als Pardessus durch die Betrachtung, daß bei derartigen Sachen die Gemeinſchaft ſtets mit beſonderer Rückſicht auf beſtimmte Liegenſchaften eingegangen zu werden pflegt, verleiten, ihrer Anſicht wenigſtens theilweiſe wieder untreu zu werden.

Toullier nimmt nämlich an, daß trotz ihrer Verſchiedenheit die Gemeinſchaftsrechte an ſolchen Sachen mit der Natur der Dienſtgerechtigkeiten doch das gemein haben, daß ſie nur zum Vortheil beſtimmter Liegenſchaften beſtellt werden können, mehr der Sache als der Perſon zukommen und mit dem Grundſtück, für welches ſie beſtellt ſind, auf deſſen Erwerber übergehen, wenn auch der Vertrag davon nichts erwähnt, und er ſcheint auch der Anſicht zu ſein, daß die gemeinſchaftliche Sache nur zum Vortheil der beſtimmten Liegenſchaften benutzt werden dürfe, wiewohl er ſich hierüber nicht näher ausſpricht.

Pardessus führt in Nr. 191 als Beiſpiel an, daß vier Brüder die ihnen von dem Vater hinterlaſſenen Weinberge theilen, aber beſtimmen, die Kelter ſolle zur Benutzung dieſer Weinberge gemeinſchaftlich bleiben. Er nimmt nun an, daß durch dieſe Uebereinkunft eine Dienſtbarkeit der Untheilbarkeit (Gemeinſchaftlichkeit) auf die Kelter gelegt werde, und daß das Recht, dieſe zu gebrauchen nach den Vorſchriften über Dienſtbarkeiten zu beurtheilen, daß insbeſondere nicht geſtattet ſei, die belaſtete Sache für andere Liegenſchaften zu benutzen, zu deren Gunſten die Dienſtbarkeit nicht beſtellt wurde. Jeder könne nur die Trauben ſeines Looſes darauf auspreſſen.

In ähnlicher Weiſe entſchied das Appellationsgericht von Bourges am 13. Nov. 1838. Bei der Theilung von Gebäuden war beſtimmt worden, daß der dazu gehörige Brunnen in ungetheilter Gemeinſchaft der Hauseigenthümer bleiben ſolle. Es wurde nun erkannt, daß kein Theilhaber den Brunnen, welcher den beſtimmten Gebäuden gewidmet ſei, für ein anderes, neu erworbenes Gebäude benutzen dürfe, weil er das ihm an der Gemeinſchaft bewilligte Recht nicht ausdehnen könne. — Sirey et Devilleneuve recueil t. 39 II. p. 84.

War durch Uebereinkunft die Art und Weiſe feſtgeſtellt, wie der Brunnen benutzt werden dürfe, ſo ließe ſich gegen dieſe Entſcheidung nichts erinnern; der Ausſpruch aber, daß die gemeinſchaftliche Sache überhaupt nicht für eine andere Liegenſchaft gebraucht werden dürfe, oder daß die Vorſchriften über Grunddienſtbarkeiten anwendbar ſeien, dürfte ebenſoſehr der Conſequenz als einer geſetzlichen Grundlage entbehren.

Wie Pardessus in Nr. 7 bemerkt, kann die Beſchrän-

kung, welche das Eigenthumsrecht des Einzelnen durch die Zwecke der Gemeinſchaft erleidet, die Natur des Rechtes nicht ändern. Es bleibt ein Eigenthumsrecht, ob die Sache ſich in einer Hand befinde, oder Mehreren gemeinſchaftlich zugehöre; es können daher ſtets nur die Grundſätze über das Eigenthum zur Anwendung kommen, und die Frage kann nur die ſein, wie die in dem Eigenthumsrecht liegenden Befugniſſe bei einer Gemeinſchaft ausgeübt werden, ob ſie nur der Geſammtheit, oder auch jedem einzelnen Theilhaber für ſich zuſtehen.

L. R. S. §. 577 bb. beſtimmt: „ein Miteigenthümer kann gegen den Willen der Uebrigen keine einzelne aus dem Eigenthum fließende Verfügung giltig treffen, außer jenen, welche zur Erhaltung der Sache unverſchieblich nothwendig ſind, oder welche das Geſetz für einzelne Gattungen und Fälle erlaubt.“ Hieraus ergibt ſich die auch in der Natur der Sache liegende Folge, daß, ſo oft es ſich um Verfügungen über die gemeinſchaftliche Sache handelt, um Anordnungen, welche ſämmtliche Theilhaber binden, oder auf ihre Rechte Einfluß haben ſollen, die Zuſtimmung aller Miteigenthümer erforderlich, und nur die Geſammtheit das Eigenthumsrecht auszuüben befugt iſt. Wo dagegen nicht eine Verfügung über die Sache, ſondern nur deren Gebrauch in Frage ſteht, da läßt ſich aus der Natur des Verhältniſſes ein völliges Aufgehen der Rechte des Einzelnen in jene der Geſammtheit nicht ableiten, ſondern man kann nur annehmen, daß die in dem Eigenthumsrecht liegende Befugniß, die Sache nach Belieben zu gebrauchen, durch die Eingehung der Gemeinſchaft inſoweit beſchränkt wurde, als der Zweck der Gemeinſchaft und die Rückſicht auf das gleiche Recht der übrigen Theilhaber es erfordern.

Dieß iſt auch durch andere Beſtimmungen des Landrechts ausdrücklich anerkannt. Nach L.R.S. 662 nämlich kann ein Nachbar nicht ohne Bewilligung des Andern in eine gemeinſchaftliche Mauer einbrechen, noch irgend ein Werk daran anlehnen, oder darauf ſtützen. Thut er aber durch ein Erkenntniß der Sachverſtändigen dar, daß das neue Werk an ſich oder unter den von ihnen vorgeſchriebenen Vorſichten den Rechten des Andern nicht ſchade, ſo kann er nicht gehindert werden. — Ganz deutlich ſpricht ſich L.R.S. 1859 hierüber aus, indem er für den Fall, daß durch Vertrag nichts Anderes feſtgeſtellt iſt, in Nr. 2 als Regel vorſchreibt:

„Jeder Geſellſchafter darf ſich der Sachen der Geſellſchaft bedienen, jedoch nur zu einem üblichen Gebrauch und nicht gegen den Vortheil der Geſellſchaft; er darf ſie auf keine Art verwenden, welche die Uebrigen hindert, ſich ihrer nach dem Maß ihrer Rechte ebenfalls zu bedienen.“

Es iſt zwar nicht jede Gemeinſchaft eine Geſellſchaft, und können daher die Vorſchriften über den Geſellſchaftsvertrag nicht unbedingt angewendet werden; wohl aber unterſtellt jede Geſellſchaft eine Gemeinſchaft und es muß der Miteigenthümer mindeſtens ebenſoviel Rechte auf die gemeinſchaftliche Sache haben, als der Geſellſchafter *). —

Hiernach wäre über die Befugniß, die gemeinſchaftliche Sache zu gebrauchen ſtets zunächſt der Rechtstitel, die (ausdrückliche oder ſtillſchweigende) Uebereinkunft der Theile maßgebend.

Wo dieſe nicht im Wege ſtehen, kann jeder Theilhaber ſich der Sache zu einem üblichen Gebrauch inſoweit bedienen, als dieſelbe dadurch weder zu Erfüllung ihrer Beſtimmung untauglich wird, noch die Uebrigen in dem Recht der gleichmäßigen Mitbenutzung geſtört oder beſchränkt werden. —

Das eigenthümliche Verhältniß, welches bei Gängen, Höfen, Treppen und derartigen im Miteigenthum verſchiedener Hauseigenthümer ſich befindenden Gegenſtänden ſtattfindet, gibt zu einer Abweichung von dieſen allgemeinen Grundſätzen keine Veranlaſſung. Man beruft ſich zwar darauf, daß hier die Gemeinſchaft nur zum Vortheil beſtimmter Liegenſchaften eingegangen, die gemeinſchaftliche Sache dieſen gewidmet und unzertrennlich damit verbunden werde. Allein hieraus kann doch offenbar nur folgen, daß dieſe Sachen, weil ſie dazu beſtimmt ſind, die Benutzung gewiſſer Liegenſchaften möglich zu machen, oder zu erleichtern; auf keine mit dieſer ihrer Beſtimmung nicht zu vereinigende Weiſe gebraucht werden dürfen; keineswegs kann aber daraus abgeleitet werden, daß nun jeder andere Gebrauch der Sache unbedingt ausgeſchloſſen ſei, dieſelbe nur dieſen Liegenſchaften dienen dürfe. Ein Verzicht darf nie unterſtellt werden, man kann daher nicht annehmen, daß bei Eingehung der Gemeinſchaft die Theilhaber ihre Rechte auf die Sache weiter be-

*) Troplong, contrat de société Nr. 20, 730

ſchränken oder aufgeben wollten, als der Zweck der Gemeinſchaft es nothwendig macht, und daß ſie auf jede, ſonſt wohl zuläſſige, perſönliche Benutzung der Sache verzichtet haben.

Iſt es richtig, daß die gemeinſchaftliche Sache mit den Liegenſchaften, in Rückſicht auf welche die Gemeinſchaft eingegangen wurde, auf deren Erwerber übergeht, wenn auch der Vertrag nichts darüber enthält, ſo liegt der Grund hiezu nicht darin, daß ein den Dienſtbarkeiten ähnliches Verhältniß anzunehmen iſt, ſondern in dem Umſtande, daß die Sache durch ihre Beſtimmung Beſtandtheil und Zugehörde der Liegenſchaften geworden iſt. —

Dürfen hiernach auch bei ſolchen gemeinſchaftlichen Sachen, welche dazu beſtimmt wurden, die Benutzung gewiſſer Liegenſchaften zu erleichtern, nur die allgemeinen Grundſätze über Miteigenthum zur Anwendung gebracht werden, ſo muß ſich der Theilhaber, welcher den Andern hindern will, die Sache für ſich zu gebrauchen, auf eine dieß verbietende Uebereinkunft ſtützen, oder darthun, daß durch einen derartigen Gebrauch die Gemeinſchaft leide, oder er in ſeinem Mitgebrauchsrecht beeinträchtigt werde, ſonſt kann ſeine Klage bei Gericht keinen Eingang finden.

Bei dem Hofgericht des Unterrheinkreiſes kam dieſe Frage in folgendem Falle zur Entſcheidung:

Die Hofraithe und die Einfahrt zwiſchen den Häuſern des Seb. Fontius und des Georg Bauder in D. waren gemeinſchaftliches Eigenthum beider, oben ſtieß das Gebäude des Heinrich Becker an, welches aber ſtets durch eine Mauer von dem Hofe getrennt war. Nachdem nun Becker das Haus des Bauder angekauft hatte, ließ er daſſelbe niederreißen und in einen Garten umwandeln, die Mauer des Hofes aber durchbrechen, ein Thor darin anbringen und ſo ſein früheres Haus, welches er zu einer Bierbrauerei einrichtete, mit dem neuen Beſitzthum in Verbindung bringen. Seither fuhr er durch den gemeinſchaftlichen Hof mit Fäſſern, Malz, Frucht und dgl. nach der Bierbrauerei und von da zurück. Fontius, welcher hierin die Anmaßung eines Durchfahrtsrechtes zu Gunſten der Bierbrauerei erblickte, trat am 22. Februar 1844 mit einer Negatorienklage gegen Becker auf, und berief ſich dabei insbeſondere auch auf die Herrichtung der Einfahrt in den gemeinſchaftlichen Hof, indem dieſe Einfahrt eine ſelbſtſtändige, offene Anlage ſei, ohne andern Sinn und Zweck, als ſich den Durchweg anzumaßen, Becker alſo damit das Recht ſelbſt erſitzen würde.

Dieſer bemerkte dagegen, daß er als Miteigenthümer den Hof zu benutzen befugt ſei, daß er daher nur ſein Eigenthumsrecht ausübe und ſich nicht eine Dienſtgerechtigkeit anmaße. Zugleich hob er hervor, daß zwiſchen dem Thore und dem Hofe ein Streifen Landes liege, welcher zu der vormals Bauder'ſchen Behauſung gehört habe und ſein alleiniges Eigenthum ſei, daß er alſo von der Brauerei zunächſt auf vormals Bauder'ſches Eigenthum gelange, für welches er den Hof jedenfalls benutzen dürfe.

Das Amt wieß die Klage ab, jedoch nicht, weil es den Beklagten für berechtigt hielt, kraft ſeines Miteigenthumsrechtes den Hof zu benutzen, ſondern weil es annahm, es werde dieſer nach den Vorträgen der Parteien nur zum Vortheil des vormals Bauder'ſchen Eigenthums gebraucht. In den Entſcheidungsgründen wird hierüber bemerkt: die Regel, daß das herrſchende und das dienende Grundſtück verſchiedenen Eigenthümern gehören müſſe, ſchließe zwar die Möglichkeit nicht aus, daß der Eigenthümer eines Grundſtückes an einem andern, an welchem er bloßer Miteigenthümer iſt, das Recht der Dienſtbarkeit erwerben könne, und umgekehrt; aus dem Zugeſtändniß des Klägers, daß vor dem neuen Thore eine Strecke Landes ſei, welche nicht zu dem gemeinſamen Hofe, ſondern zu der vormals Bauder'ſchen Wohnung gehöre, gehe aber hervor, daß Becker den gemeinſamen Hof nicht zu Gunſten eines ſpäter erworbenen Gutes, ſondern lediglich zum Vortheil eines Theils des Hauſes benutze, zu welchem derſelbe ſeiner urſprünglichen Beſtimmung nach gehöre. Dieſe Benutzungsweiſe lege dem gemeinſamen Hofe darum keine Dienſtbarkeit auf, weil Becker von demſelben aus nur ſein urſprüngliches Eigenthum betrete, und von da aus erſt in ſein weiteres neues Beſitzthum gelange, was ihm natürlicher Weiſe erlaubt ſein müſſe *).

*) Dieß geht offenbar zu weit. Wenn Jemand mit Fäſſern und Bierbrauereigeräthſchaften von dem Hofe über einen ſchmalen Streifen Landes nach einer Bierbrauerei fährt, kann man gewiß nicht ſagen, die Durchfahrt über den Hof werde zum Vortheil des Streifens Land ausgeübt. Sie hat den Zweck, die Bierbrauerei zugänglich und benutzbar zu machen, gewährt daher dieſer Vortheil. Ob die Grundſtücke unmittelbar an einander ſtoßen, oder durch andere dazwiſchenliegende getrennt ſind, kann auf die Frage,

Digitized by Google

Das Hofgericht beſtätigte durch Urtheil vom 24. Juni 1846 die Klagabweiſung, ging aber dabei von der oben entwickelten Anſicht aus. Seine Entſcheidungsgründe beſagen in dieſer Hinſicht: . . . Da der Beklagte eine Dienſtgerechtigkeit gar nicht geltend macht, ſich aber als Miteigenthümer des Hofes für befugt hält, denſelben nach Belieben und auch für ſeine Bierbrauerei zu benutzen, ſo kommt es nur auf die Entſcheidung der Frage an, ob die Handlungen des Beklagten nur kraft einer beſonders erworbenen Dienſtgerechtigkeit vorgenommen werden könnten, oder ob das Miteigenthum zu deren Vornahme berechtigt.

Das Miteigenthum iſt nichts Anderes, als das Eigenthum einer Mehrheit, einer Art Geſellſchaft. Das Recht des einzelnen Theilhabers, die gemeinſchaftliche Sache zu benutzen, iſt daher nicht an den Beſitz einer beſtimmten Liegenſchaft gebunden und nicht auf deren Vortheil beſchränkt, ſondern es iſt daſſelbe nach den Grundſätzen über das Eigenthum und nach Analogie des Geſellſchaftsvertrags zu beurtheilen. Hiernach kann Jeder die gemeinſchaftliche Sache nach Belieben gebrauchen (L.R.S. 544), und er iſt nur durch den Zweck der Gemeinſchaft und durch das gleiche Recht der andern Miteigenthümer inſoweit beſchränkt, daß der Gebrauch ein üblicher ſein muß, daß die Sache dadurch nicht zu Erfüllung ihrer Beſtimmung untauglich gemacht wird und daß die übrigen Miteigenthümer nicht an der gleichmäßigen Mitbenutzung gehindert werden (L.R.S. 1859, Nr. 2).

Das Fahren über den Hof iſt nun aber ein üblicher, beſtimmungsgemäßer Gebrauch deſſelben, und da Kläger ſelbſt nicht behauptet, daß er durch den Beklagten an der Mitbenutzung verhindert, oder daß dieſelbe ihm erſchwert werde, da er ſich auch nicht auf eine beſondere Uebereinkunft beruft, durch welche die Art und Ausdehnung der Benutzung des Hofes in der Weiſe feſtgeſtellt worden wäre, daß derſelbe nur für die beiden Liegenſchaften, zu welchen er urſprünglich gehörte, gebraucht werden dürfe, — ſo erſcheint die Klage nicht als begründet. Mag der Beklagte nach der vormals Bauder'ſchen Scheuer ode nach ſeiner Bierbrauerei fahren, Fäſſer und Bierbrauereigeräthſchaften oder landwirthſchaftliche Erzeugniſſe durch den Hof bringen, immer übt er nur eine ihm als Miteigenthümer des Hofes zuſtehende Befugniß aus; es könnte aber von der Anmaßung einer Dienſtgerechtigkeit nur dann die Rede ſein, wenn er zugleich Etwas vorgenommen hätte, wozu ihm nicht ſchon kraft ſeines Miteigenthums ein Recht zuſtand.

Eine ſolche Handlung glaubt nun zwar Kläger in der Herrichtung des Thores zu finden, weil dieß eine offene Anlage ſei, welche keinen andern Sinn und Zweck habe, als den Anſpruch eines Durchfahrtsrechtes und welche auch geeignet ſei, eine Erſitzung dieſes Rechtes für die Bierbrauerei zu begründen; allein, wenn man auch annimmt, daß ein Miteigenthümer vermöge einer offenen Anlage eine Dienſtbarkeit zu Gunſten einer ihm allein gehörigen Liegenſchaft an der gemeinſchaftlichen Sache erſitzen könne *), ſo iſt dieß doch immerhin nur bei ſolchen Dienſtbarkeiten möglich, welche überhaupt durch Erſitzung erworben werden können. Die Durchfahrt gehört aber unter allen Umſtänden, auch wenn ſie ſich durch eine offene Anlage ankündigt, zu den unſtändigen Dienſtbarkeiten (L.R.S. 688), welche man nach L.R.S. 691 nur durch Vergünſtigung erwerben kann, und es folgt daher aus der Herrichtung des Thores nicht, daß der Beklagte ſeiner Bierbrauerei eine Dienſtbarkeit beſtellen wolle oder daß er die Durchfahrt als Beſitzer der Bierbrauerei und nicht als Miteigenthümer des Hofes ausübe **). Auf

welchem von ihnen die Durchfahrt zum Nutzen gereiche, keinen Einfluß üben, und darum auch nicht die Frage entſcheiden, ob die Durchfahrt als eine Dienſtbarkeit ausgeübt werde, oder nicht. Denn zum Weſen einer Dienſtbarkeit gehört es nicht, daß das herrſchende und das dienende Grundſtück an einander grenzen, ſie müſſen nur ſo gelegen ſein, daß das eine dem andern Vortheil gewähren kann, L.R.S. 637.

Pardessus, tr. des serv. Nr. 15.
Zachariä Bd. II. §. 247 Nr. 3.
v. Vangerow, Leitfaden I. S. 640. D. E.

*) l. 27. 30. §. 1. D. 8. 2.
l. 27. D. 8. 3.
l. 8. §. 1. D. 8. 1.
Pardessus, tr. d. serv. Nr. 17.
Zachariä, Bd. 2. §. 247, Nr. 4. D. E.

**) Anders würde ſich die Sache geſtalten, wenn in der Mauer ein Ausſichtsfenſter angelegt worden wäre. Denn ein ſolches Fenſter kündigt nach L.R.S. 689 den Anſpruch auf eine Dienſtbarkeit an, und zwar auf eine offene und ſelbſtſtändige, welche durch 30jährigen Beſitz erworben werden kann.
Sirey et Devilleneuve, t. 33. I. p. 836. D. E.

die noch beſtrittene Frage, ob der Streifen Landes unmittelbar vor dem Thore alleiniges Eigenthum des Beklagten ſei oder zu dem gemeinſchaftlichen Hofe gehöre, kommt es ſonach nicht weiter an. —

2) Mit den bisher entwickelten Grundſätzen ſteht die Frage in naher Verbindung, ob der einzelne Theilhaber die Aufhebung der Gemeinſchaft verlangen kann. Wäre ſein Gebrauchsrecht eine Art Dienſtgerechtigkeit, ſo könnte von einer Theilung offenbar nicht die Rede ſein; iſt es aber lediglich ein Ausfluß des Eigenthumsrechtes, ſo ſcheint nach der Vorſchrift des L.R.S. 577 bg. und 815 das Begehren, die gemeinſchaftliche Sache zu theilen, jederzeit von ihm geſtellt und er auch nicht durch abweichende Verträge daran verhindert werden zu können, ſo große Nachtheile die Aufhebung der Gemeinſchaft auch immerhin im Gefolge haben würde. Allein gleichwohl wird allgemein angenommen, daß hier eine Ausnahme von der allgemeinen Beſtimmung, daß Niemand gezwungen werden könne, in Gemeinſchaft zu bleiben, ſtattfinden müſſe, und daß die Theilung nicht verlangt werden könne, bei Sachen, die durch Theilung oder Verſteigerung zu Erfüllung ihrer Beſtimmung untauglich würden, wie Gänge, Treppen, Mauern, oder die, wenn auch ihrer Natur nach von den Liegenſchaften, mit welchen ſie vereinigt ſind, lostrennbar, doch nur durch dieſe Vereinigung beſondern Vortheil gewähren, wie Höfe, Dunggruben, Brunnen.

Toullier erklärt es für unerhört, daß je ein Zwang ſtattgefunden habe, derartige Sachen zu theilen oder zu verſteigern, wenn die Miteigenthümer ſie zum Gebrauch für Güter, die ihnen bei der Theilung anerfallen ſind, in ungetheilter Gemeinſchaft belaſſen haben. Es ſei denn, daß z. B. ein gemeinſchaftlicher Hof ſo geräumig wäre, daß jeder Eigenthümer einen genügenden Antheil erhalten könnte (Nr. 469 bis).

Zur Rechtfertigung dieſer Ausnahme von der allgemeinen Regel beruft man ſich theils auf die Nothwendigkeit, theils nimmt man eine geſetzliche Dienſtbarkeit der Gemeinſchaftlichkeit an.

Dieß Letztere thut mit *Delvincourt* t. III. S. 5 insbeſondere *Pardessus*, welcher in Nr. 143 ſagt: es liegt im Geiſt der Geſetzgebung, in gewiſſen Fällen unter Miteigenthümern einer Sache eine Art geſetzlicher Dienſtbarkeit anzunehmen, welche ſie verpflichtet, die Sache ungetheilt zu beſitzen, ohne daß Einer den Andern zur Theilung oder Verſteigerung zwingen könnte, und die ihnen gegenſeitige Verbindlichkeiten hinſichtlich der Unterhaltung und Erhaltung der Sache auferlegt. Dieſe gezwungene Gemeinſchaft fließt nicht allein aus dem Miteigenthum ſelbſt, ſondern aus dem Intereſſe, welches die verſchiedenen Miteigenthümer daran haben, daß die Sache ungetheilt bleibe... Der Grundſatz des Art. 815 wird daher zu Gunſten von Liegenſchaften beſchränkt und das iſt eine wahre geſetzliche Dienſtbarkeit. Man findet darin den weſentlichen Character der Dienſtbarkeiten, den Vortheil für andere Liegenſchaften, als die ungetheilte Sache.

In Nr. 191 und 192 führt er dieß noch weiter aus; allein mit Recht entgegnet ihm *Solon*, daß eine geſetzliche Dienſtbarkeit nur da vorhanden ſei, wo ein Geſetz dieſelbe beſtelle, daß aber auch eine Dienſtbarkeit der Gemeinſchaftlichkeit mit allen Rechtsgrundſätzen im Widerſpruch ſtehen würde. Nur dem Willen der Parteien und der Nothwendigkeit oder ihrem großen Nutzen verdankte die Gemeinſchaft ihren Urſprung, es könne daher auch die Untheilbarkeit nur aus dem vermuthbaren Willen der Parteien hergeleitet werden. Lange Zeit habe man angenommen, daß die Regel des Art. 815 ſchlechterdings keine Ausnahme zulaſſe, allein ſpäter habe man eingeſehen, daß eine ſolche Auslegung gezwungen wäre und daß das Geſetz ſelbſt anerkenne, daß die Betheiligten ſich in gewiſſen Fällen einer Untheilbarkeit unterwerfen könnten, namentlich bezüglich auf Scheidemauern und gemeinſchaftliche Treppen (Art. 664); und zuletzt habe man eine gezwungene Gemeinſchaft auch da angenommen, wo man unterſtellen mußte, daß die Betheiligten in ihrem gegenſeitigen Intereſſe dahin übereingekommen ſeien. Ein großer Unterſchied ſei zwiſchen dem allgemeinen Geding der Untheilbarkeit, welches Art. 815 verbietet, und der Uebereinkunft einer theilweiſen geringen Untheilbarkeit, welche gerade den Zweck habe, die Theilung im Uebrigen zu erleichtern, die Looſe gleich zu machen und ihnen ihre volle Brauchbarkeit zu erhalten. Wie die Erſtere dem Willen des Geſetzgebers widerſtreite, ſo komme die Letztere ihm entgegen, indem ſie die von ihm gewünſchte Theilung möglich und unſchädlich mache.

(Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. **Nro 47.** Karlsruhe den 21. November 1846.

I.

Miteigenthum.

1) Gebrauchsrecht der einzelnen Miteigenthümer an der gemeinſchaftlichen Sache.
2) Untheilbarkeit gewiſſer gemeinſchaftlicher Sachen. L.R.S. 577 bg. 8276.

(Schluß.)

So habe der Caſſationshof die Beſchwerde gegen eine Theilung, bei welcher Einiges (die Einfahrt, der Hof) ungetheilt belaſſen wurde, für ungegründet erklärt, weil die Sachverſtändigen ausgeſprochen hatten, daß ſich die Theilung in anderer Weiſe nicht zweckmäßig ausführen laſſe.

Immer müſſe jedoch eine ſolche Untheilbarkeit gewiſſermaßen durch die Nothwendigkeit vorgeſchrieben ſein, es müſſe entweder die Theilung der Hauptſache nicht anders möglich ſein, oder müſſen doch die beiden Looſe der gemeinſchaftlichen Sache in gleicher Weiſe bedürfen. Wo die Untheilbarkeit nicht als Nothwendigkeit erſcheine, oder wo ſie nur einen perſönlichen Vortheil gewähre, da gewinne Art. 815 wieder ſeinen Einfluß und jeder Theilhaber könne die Theilung verlangen, z. B. wo eine Wieſe zur Weide für das Vieh zweier Güter in Gemeinſchaft belaſſen wurde.

Sehr deutlich ſprach ſich der Caſſationshof über dieſe Frage am 10. December 1823 in einem Falle aus, wo bei der Theilung einer Mühle beſtimmt worden war, daß das Erdgeſchoß und die Ausgänge gemeinſchaftlich bleiben ſollten, und nun der eine Miteigenthümer die Theilung begehrte. Er ſagt:

Wenn es wahr iſt, daß Niemand gezwungen werden kann, in Gemeinſchaft zu bleiben und daß die Theilung jederzeit verlangt werden darf, ohne daß Verbote oder Verträge es hindern können (Art. 815), ſo iſt es auch wahr, daß, ſo oft zwiſchen zwei Liegenſchaften oder Anlagen, welche von verſchiedenen Eigenthümern getrennt beſeſſen werden, eine Nebenſache oder Zugehörde ſich befindet, die ſo nothwendig zur Benutzung der Hauptſachen iſt, daß dieſe ohne deren gemeinſchaftlichen Beſitz und Gebrauch keinen oder bedeutend geringeren Nutzen haben würden, daß dann, um nicht die Hauptſache der Nebenſache zu opfern, eine Theilung der Letzteren nicht ſtattfinden darf, und daß angenommen werden muß, es bleiben die beiden Eigenthümer in dieſer Hinſicht weniger in einer Gemeinſchaft, als in einem gegenſeitigen Dienſtbarkeitsverhältniß des Einen gegen den Andern.

Dalloz, jurisprudence du XIX. siècle t. 23 p. 140.

Eine ähnliche Entſcheidung findet ſich in Lauckhard und Sommer Bd. V. S. 159 und in Nr. 24 IV. der Annalen von 1845.

Als Dienſtbarkeit wird man nach der obigen Ausführung das Verhältniß nie anſehen dürfen, dagegen ſcheint der Geſichtspunkt, von welchem die Sache hier im Uebrigen betrachtet wird, der richtigſte zu ſein und die ſicherſte geſetzliche Grundlage zu haben. Treppen, Gänge ſind Beſtandtheile des Gebäudes, zu welchem ſie gehören; Höfe, Einfahrten aber ſind Zugehörden der Gebäude, deren Gebrauch ſie gewidmet ſind. Die Einen können ihrer Natur, die Andern ihrer Beſtimmung nach nicht von der Hauptſache getrennt werden; ſind ſie aber untrennbar von der Hauptſache, ſo ſind ſie nothwendig auch untheilbar: denn eine Theilung im Stück iſt nicht möglich und die Verſteigerung könnte nur nach vorausgegangener Trennung ſtattfinden. Für Baden kann es um ſo weniger einem Anſtand unterliegen, dieſe Grundſätze anzuwenden,

Digitized by Google

als ſie im L.R.S. 8276 ausdrücklich anerkannt ſind. Es heißt nämlich da:

„Geſetzlich untheilbar iſt nicht bloß dasjenige, deſſen Theilung von einer Verfügung des Staats oder des Eigenthümers ausdrücklich unterſagt wird, ſondern auch dasjenige, was von einander nicht getrennt werden kann, ohne das Ganze zu entwerthen (z. E. durch Ausbrechung der Steine aus einem Geſchmuck) oder ohne es für ſeine Beſtimmung minder brauchbar zu machen (z. E. durch Trennung der Zubehörden von der Hauptſache). Die nothwendige Ausnahme von der Beſtimmung des L.R.S. 577 bg. iſt hiernach durch das Geſetz ſelbſt bewilligt und gerade in der Ausdehnung, welche im Intereſſe der Sache erforderlich und dem eigenthümlichen Verhältniſſe entſprechend iſt. Nüßlin.

II.

Ueber den Erwerb unſtändiger Dienſtbarkeiten durch Erſitzung nach altem Rechte.

Das Hofgericht des Oberrheinkreiſes hat ſich durch den Aufſatz in den Annalen XII. S. 229 ff. ſo wenig als durch die bisherigen oberhofgerichtlichen Entſcheidungen von der Anſicht abwendig machen laſſen, daß nach altem Rechte unſtändige Dienſtbarkeiten durch 30jährige Erſitzung erworben werden können. Nach dieſer Anſicht wurde namentlich in Sachen Stoll gegen Rinderle, Ueberfahrt über eine Wieſe betreffend, erkannt, nämlich durch Urtheil vom 23. Oktober v. J. der amtliche, den Kläger mit ſeiner Negatorienklage abweiſende, Beſcheid beſtätiget.

Gründe.

Der Kläger verlangt mittelſt der erhobenen Klage die Anerkennung der Freiheit ſeines Grundſtücks von einer Weggerechtigkeit, die der Beklagte zu Gunſten ſeiner Matte in Anſpruch nimmt.

Der Beklagte gibt zu, daß der Kläger das angeblich dienende Grundſtück beſitze und ſolches von ſeinem Vater im Jahr 1818 ererbt habe. Es iſt ſomit der Beſitz und das Eigenthumsrecht des Klägers unbeſtritten, daher es eines Beweiſes darüber nicht bedarf, daß der Erwerbtitel des Klägers zum Grundbuch eingetragen ſei *). Der Beklagte ſetzt aber der Klage die Einrede entgegen, daß er — beziehungsweiſe ſeine Rechtsvorfahrer — die angeſprochene Weggerechtigkeit durch die ſchon am 1. Januar 1810 vollendet geweſene unfürdenkliche Verjährung erworben haben, und hat den Beweis hiefür durch Zeugen angetreten.

Ein Zeuge, Lorenz Freudig, beſtätigt nun, daß er ſelbſt geſehen, wie die jeweiligen Eigenthümer der dem Beklagten gehörigen Wieſe alle Jahre, ſo oft es die Beſorgung und Benützung derſelben erfordert, von der Kirchhofer Straße aus über die Matte des Klägers gegangen und gefahren ſeien, daß ſie namentlich immer den Dung über dieſe Wieſe des Klägers auf die ihrige und die Erzeugniſſe der letztern — Heu und Oehmd — über jene nach Haus geführt haben oder haben führen laſſen; daß dieſes — ſo lange er ſich zu erinnern vermöge und zwar mehr als 40 Jahre hindurch, vom 1. Januar 1810 zurück gerechnet, öffentlich und ungeſtört und ohne Unterbrechung geſchehen ſei.

Ebenſo ſpricht ſich Joſeph Sinngrün aus mit dem Bemerken „er könne nicht gerade behaupten, daß er ſeine Wahrnehmungen vom 1. Januar 1770 an gemacht, indeſſen habe er geſehen, daß ſchon der Urgroßvater des Beklagten die fragliche Weggerechtigkeit ausgeübt habe, und nach den vorliegenden Akten muß der Urgroßvater des Beklagten in den 1770. Jahren gelebt und die Wieſe beſeſſen haben.

Die Wahrnehmung des Zeugen Gaudenz Zimmermann beſchränkt ſich auf die Zeit eines Jahres und hat dieſelbe nach ſeiner Verſicherung vor langer Zeit gemacht. — Die Zeugen Joſeph und Georg Kratz ſprechen von den Jahren 1792 — 1795 und 1797 und beſtätigen für dieſe Zeit vollkommen die Behauptung des Beklagten hinſichtlich der in Anſpruch genommenen Weggerechtigkeit. Jeder Zeuge bezeichnet genau auf gleiche Weiſe die Richtung der Ueberfahrt und erklärt, mit Ausnahme des Gaudenz Zimmermann, der nur von einem Jahr Auskunft geben kann, — keinen Anfang der Dienſtbarkeit zu wiſſen und von keinem gegentheiligen Zuſtande etwas erfahren zu haben. Allein keiner dieſer Zeugen hat das — nach der Verordnung im Regierungsblatt 1803 Nr. 10 und von 1808 Nr. 2 beſtimmte Alter; keiner hatte am 1. Januar 1810 ſchon ſein 54. Jahr zurückgelegt, es war nämlich keiner ſchon vor dem 1. Januar 1756 geboren. Es iſt daher ein unfürdenklicher Beſitzſtand nicht hergeſtellt, weil die Ausſagen der Zeugen nur für

*) cf. Annalen VIII. Nr. 46.

Digitized by Google

das Daſein eines jüngern Beſitzſtandes maßgebend ſein können. Jedenfalls iſt aber hiedurch eine dreißigjährige Erſitzung dargethan, und da ſolche als das Minus in der Behauptung der unfürdenklichen Zeit begriffen iſt, ſo fragt es ſich nur „ob nach dem früheren Rechte ein dreißigjähriger Beſitz zur Erwerbung einer unſtändigen Dienſtbarkeit genügend ſei?“

Es war von jeher beſtritten, ob eine derartige Servitut nur allein durch unfürdenklichen Beſitz erworben werden könne, und die bewährteſten Autoritäten der frühern Zeit waren in ihren Anſichten getheilt. In neuerer Zeit hat jedoch die Anſicht von Leyſer, Cocceji, Wernher, Struben, Walch ꝛc., „daß keine Immemorialverjährung nöthig ſei“, ſo ſehr die Anerkennung gefunden, daß von Vangerow (Pandekten I. §. 351) über die entgegengeſetzte Meinung nur bemerkt „ſie entbehre ſo ſehr alles Grundes und ſei heut zu Tage ſo allgemein verworfen, daß man ſie als völlig abgethan betrachten dürfe.“

Erwägt man, daß außer von Vangerow auch Unterholzner, Savigny, Thibaut, Mühlenbruch, Puchta u. ſ. w. jene Anſicht vertheidigen, ſo muß nach der jetzt beſtehenden Rechtsüberzeugung der Ausſpruch von Vangerow's als gerechtfertiget erſcheinen und es unterliegt auch keinem Zweifel, daß in den Ländern, wo gegenwärtig noch das gemeine Recht gilt, nicht mehr die unfürdenkliche Verjährung verlangt wird *).

Hätten nun auch — wie jedoch überall nicht erwieſen und auch nicht erweislich iſt — die Gerichte Deutſchlands in früherer Zeit nach der entgegengeſetzten Meinung entſchieden, ſo waren dadurch doch die Gerichte in Baden ebenſowenig an die Feſthaltung der ältern irrigen Anſicht gebunden, als man ſich in den Ländern des gemeinen Rechts daran bindet, cum non exemplis, sed legibus judicandum sit, welche Vorſchrift des Codex durch den Art. 5 des Landrechts ausdrücklich eingeſchärft iſt.

Das für die entgegengeſetzte Meinung aus dem Art. 691 des Landrechts hergenommene Argument darf man ebenfalls für abgethan halten, da der Geſetzgeber unmöglich die Abſicht haben konnte, im Widerſpruch mit Art. 2 und 2281 des Landrechts hier eine rückwirkende Kraft eintreten zu laſſen und Rechte zu verletzen, die nach den vorigen Geſetzen ſchon erworben waren. Zudem zeigt eine Vergleichung des Urtextes, daß der Schein einer ſolchen Abſicht nur durch eine — jenem Texte nicht entſprechende Stellung der Worte in der badiſchen Ueberſetzung entſtanden iſt.

Ueberdieß hat der Kläger nicht behauptet und erwieſen, daß nach der vorderöſtreichiſchen Partikulargeſetzgebung — unter deren Herrſchaft der Amtsbezirk Staufen vor dem Jahr 1810 ſtand — eine unſtändige Dienſtbarkeit nur durch unfürdenkliche und nicht durch dreißigjährige Verjährung erworben werden konnte.

Die alſo gegründete und bewieſene Einrede wird auch nicht zerſtört durch die ihr entgegengeſetzte Replik „daß ſchon vor mehr als 30 Jahren dem Beklagten beziehungsweiſe ſeinen Rechtsvorfahren das Ueberfahren der klägeriſchen Wieſe unterſagt worden, und die Dienſtbarkeit durch dreißigjährigen Nichtgebrauch erloſchen ſei. Denn in den von dem Kläger produzirten Akten von 1810 und 1811 iſt nirgends erſichtlich, daß je ein Verbot erlaſſen wurde, man findet nur Beſchwerden der Vorfahren des Klägers, welche aber nicht verfolgt, ſondern aufgegeben wurden und aus dieſen Akten geht hervor, daß der Beklagte im Jahr 1810 und 1811 in der Ausübung der fraglichen Weggerechtigkeit ſich befand, daher in Verbindung mit der Behauptung in der Klage, daß der Beklagte in neuerer Zeit dieſe Gerechtigkeit ausübe, nach Maßgabe des L. R. S. 2234 die Vermuthung dafür ſpricht, daß er ſolche auch in der Zwiſchenzeit ausgeübt habe.

Hiernach bedarf es alſo zur Beſtätigung des amtlichen Urtheils nicht auch noch des weitern Beweiſes „daß ein Nothweg für den Beklagten begründet ſei, oder daß dieſe Vorausſetzung — in Verbindung mit dem Beſitze, zu Folge der Art. 643 und 685 des Landrechts, auch noch unter dem heutigen Rechte die Fortſetzung der erwerbenden Verjährung rechtfertige.

Aus dieſen Gründen ꝛc. Haager.

III.

Findet in Strafſachen ein Recurs wegen der Koſten allein Statt?

Das Geſetz vom 3. Auguſt 1837 (Regierungsblatt Nr. 25) geſtattet in allen gerichtlichen Strafſachen zwei Inſtanzen.

*) Z. B. in Würtemberg vergl. Tafel Rechtsſprüche I. S. 170.
D. E.

Digitized by Google

Namentlich iſt die Beſtimmung des §. 35 der Erläut. zum Strafedict vom Jahr 1812, wornach der Recurs gegen Klagfreiſprechung nicht ſtatt findet, durch den §. 4 dieſes Geſetzes aufgehoben.

Die Recurſe gegen derartige Urtheile ſind jetzt nicht ſelten.

Bekanntlich kann aber auch der klagfrei erklärte Inculpat nach §. 19 des Strafedicts unter gewiſſen Vorausſetzungen in die Koſten verfällt werden. Wenn nun gegen eine Klagfreiſprechung und nebenbei zugleich gegen die Verurtheilung zu den Koſten recurrirt wird, ſo iſt es kaum zweifelhaft, daß der Recurs in dieſer doppelten Richtung zugelaſſen werden muß. Wie aber, wenn nicht zugleich gegen das Klagfreierkenntniß, ſondern bloß wegen der Koſten allein recurrirt iſt?

Für dieſen Fall hat ſchon A. Mayer (Blätter für Juſtiz ꝛc. Bd. II. S. 404) dem Angeſchuldigten das Recht zu recurriren vindicirt, weil die Verfällung in die Koſten im Allgemeinen einen Theil der Strafe ausmache und weil demjenigen, welcher das Recht habe, gegen die ganze Strafe zu recurriren, auch ein Recurs gegen dieſen Theil zuſtehe; der Angeſchuldigte könne darum auch bei der Klagfreierklärung in der Hauptſache ſich beruhigen, und dennoch gegen die Verurtheilung in die Koſten ſich beſchweren.

Zu dem nämlichen Reſultate gelangt man, wenn man das Erkenntniß über die Koſten als einen Theil des Urtheils (alſo nicht der Strafe) anſieht, welches nach §. 19 cit. allemal zugleich über die Koſten erkennen muß; denn jedenfalls ſteht es dem Angeſchuldigten frei, das ganze Urtheil oder nur einzelne Beſtimmungen deſſelben im Wege des Recurſes anzufechten. Es kommt insbeſondere noch hinzu, daß die Verfällung in die Koſten gewöhnlich auf einem von der Klagfreierklärung unabhängigen, für ſich beſtehenden Grunde beruht. Der Angeſchuldigte kann die Klagfreiſprechung für begründet halten und ſich doch in Anſehung der Koſten beſchwert finden. Warum ſollte man ihn nöthigen, gegen die absolutio ab instantia zu recurriren, wenn es ihm nur darum zu thun iſt, mit den Koſten verſchont zu werden?

Hierüber zwei Präjudicien aus der neueſten Zeit. In der Unterſuchungsſache gegen Joſeph Kuth ꝛc. wegen Betrugs — wurde durch oberhofrichterliches Erkenntniß vom 20. Juni 1846 das hofgerichtliche Urtheil hinſichtlich der Klagfreierklärung beſtätigt und im Betreff des Koſtenpunktes abgeändert.

Unterm 3. Oktober 1846 hat der höchſte Gerichtshof in der Unterſuchungsſache gegen Octav Winzer, wegen verſuchter Tödtung — den von dem klagfrei erklärten Inculpaten wegen der Koſten allein ausgeführten Recurs für zuläſſig und begründet erachtet. — Dieſen Erkenntniſſen liegen die vorausgeſchickten Betrachtungen zum Grunde.

D. R.

IV.

Preßfall.

Haben mehrere Perſonen zum Erſcheinen einer sträflichen Druckſchrift in ein und derſelben Claſſe zuſammengewirkt, ſo ſind ſie Alle gleichzeitig verantwortlich.

In Nr. 179 der Mannheimer Abendzeitung von 1846 wurde das Verfahren bei Erhebung des Brückengeldes an der hieſigen Kettenbrücke unter Anführung eines beſtimmten Falles gerügt. Die folgende Nummer derſelben Zeitung brachte eine Erwiederung, in welcher gegen den Einſender jenes Artikels beleidigende Ausfälle enthalten waren. K., der ſich als jenen Einſender auswies, und näher begründete, daß die Erwiederung nicht allein gegen ſeine Perſon gerichtet, ſondern er auch kennbar darin gezeichnet ſei, — erhob nun gegen St. und M., als die Verfaſſer dieſer Erwiderung, eine Anklage wegen Beleidigung durch die Preſſe, und ſtützte dieſelbe dem St. gegenüber darauf, daß derſelbe ſich als Verfaſſer unterzeichnet habe, dem M. gegenüber aber auf die Behauptung, daß dieſer der eigentliche Verfaſſer, der intellektuelle Urheber, jedenfalls ein poſitiver Hauptgehilfe ſei, indem er den Schmähartikel entworfen, den St. zu deſſen Unterzeichnung veranlaßt, und ſich mit ihm in die Druckerei verfügt habe, um der Einrückung ſicher zu ſein.

Das Amt nahm an, daß K. zur Anklage legitimirt ſei, da er behaupte, den Artikel in Nr. 179 der Abendzeitung verfaßt zu haben, und da er nachweiſen wolle, daß er in dem incriminirten Artikel ſo deutlich bezeichnet werde, daß ihn jedermann erkenne. Es nahm auch an, daß der Artikel in Nr. 180 der Abendzeitung ehrenver-

letzend ſei und erkannte, daß Grund zur Einleitung einer Unterſuchung gegen St. wegen Ehrenkränkung durch die Preſſe vorhanden ſei. Dagegen hielt es die Anklage gegen M. nicht für begründet, weil das Preßgeſetz in §. 25 beſtimmt und ausſchließend die Perſonen aufführe, welche für das Erſcheinen einer sträflichen Druckſchrift haftbar ſeien, darunter aber einen intellektuellen Urheber und einen Hauptgehilfen im Sinne der Anklage nicht bezeichne.

Das Hofgericht des Unterrheinkreiſes erkannte dagegen auf die Appellation des Anklägers, daß auch zu Einleitung einer Unterſuchung gegen M. wegen Beleidigung durch die Preſſe Grund vorhanden ſei.

Die Entſcheidungsgründe ſagen hierüber:

Der §. 25 des Preßgeſetzes theilt die Perſonen, welche bei jedem Preßvergehen thätig zu ſein pflegen, in Claſſen ab, und beſtimmt, daß zwar jeden die volle Verantwortlichkeit treffe, ohne Rückſicht auf den Grad ſeiner Theilnahme und ſeines Verſchuldens, daß aber nur in einer gewiſſen Reihenfolge gegen ſie eingeſchritten werden dürfe, und die ſpätere Claſſe erſt dann einzuſtehen habe, wenn der in früherer Ordnung Betheiligte nicht bekannt ſei. Des Falles, wo in ein und derſelben Claſſe Mehrere zuſammengewirkt haben, geſchieht keine Erwähnung; hieraus folgt aber nicht, daß darum in jeder Claſſe nur Einer beſtraft werden dürfe: denn wenn Mehrere an der Verfaſſung einer Schrift Theil genommen, Mehrere dieſelbe gedruckt oder verbreitet haben, iſt der Eine ſo gut Verfaſſer, Drucker oder Verbreiter, als der Andere, und es paßt die Beſtimmung, daß der Verfaſſer ꝛc. verantwortlich ſei, auf jeden gleich gut. Man kann daher vielmehr aus dem Schweigen des Geſetzes nur ableiten, daß eben in dieſer Beziehung ein Abweichen von den allgemeinen Regeln des Strafrechts nicht für nöthig erachtet wurde, es ſomit bei dieſen ſein Bewenden behalte, und die verſchiedenen Urheber derſelben Claſſe mit einander zur Strafe gezogen werden können.

Es muß dieß um ſo mehr angenommen werden, als das Preßgeſetz in §. 18 und 19 den Grundſatz an die Spitze ſtellt, daß die Strafbarkeit eines durch die Preſſe verübten Verbrechens oder Vergehens lediglich nach der beſtehenden Geſetzgebung zu beurtheiſen ſei, die Verübung durch den Druck nur als Erſchwerungsgrund wirken, auf die Beurtheilung der Strafbarkeit einer Handlung an ſich aber keinen Einfluß üben ſolle. Die wenigen Vorſchriften, welche das Preßgeſetz über die Strafen der Preßvergehen gibt, ſollten hiernach nicht ein umfaſſendes Strafgeſetz ſein, ſondern ſie ſind durch die eigenthümliche Natur der Preßvergehen bedingte Ausnahmsbeſtimmungen, welche darum ſtreng auf ihren Gegenſtand beſchränkt werden müſſen und keiner ausdehnenden Auslegung fähig ſind.

Da nun Ankläger anführt, daß M. den Rath zu dieſer Art der Entgegnung ertheilt, den beleidigenden Artikel in Nr. 180 der Mannheimer Abendzeitung von 1846 ſelbſt entworfen, den St. zu deſſen Unterzeichnung veranlaßt und ſich mit ihm in die Druckerei begeben habe, um der Einrückung ſicher zu ſein, — iſt die Behauptung hinreichend begründet, daß derſelbe Miturheber des Vergehens ſei, und er kann, da auch der Druck und die Herausgabe mit ſeinem Wiſſen und Willen geſchehen ſein ſoll, nach §. 25. Nr. 1 des Preßgeſetzes als Mitverfaſſer in erſter Ordnung zur Verantwortung gezogen werden *).

Der Umſtand, daß nur St. den Artikel unterzeichnet hat, ſteht der Anklage gegen M. nicht im Wege; es wird dadurch nur bewirkt, daß St. jedenfalls als Verfaſſer belangt werden kann, aber die Strafbarkeit des eigentlichen Verfaſſers nicht aufgehoben, da nicht das Unterzeichnen, ſondern das Verfaſſen und Veröffentlichen einer beleidigenden Schrift das Preßvergehen begründet.

Oberhofg. Jahrbücher N. F. Bd. VI. S. 132.

Daß aber mehrere Stellen des angeführten Artikels wirkliche Ehrenkränkungen enthalten, kann keinem Zweifel unterliegen.

Der Ankläger iſt zwar nicht genannt, der Artikel iſt aber gegen eine beſtimmte Perſon gerichtet und es ſind auch in der Anklage nähere Umſtände angegeben, welche es wahrſcheinlich machen, daß der Ankläger damit gemeint war, und daß er auch ſo gezeichnet wurde, daß er Vielen kennbar ſein mußte.

Aus dieſen Gründen und nach Anſicht der §§. 45 und 86 des Preßgeſetzes mußte die Einleitung der begehrten Unterſuchung zugelaſſen werden.

---

*) Auf der nämlichen Anſicht beruht die oberhofgerichtl. Entſcheidung vom 25. Januar 1834 in einem ganz ähnlichen Falle. Annalen, II. Jahrgang. Nr. 10. S. 59.

D. R.

Digitized by Google

Die in dieſem Urtheile ausgeſprochene Anſicht findet ihre Beſtätigung auch in der Entſtehungsgeſchichte des §. 25 des Preßgeſetzes. In dem der zweiten Kammer im Jahre 1831 vorgelegten Regierungsentwurfe lautete nämlich dieſer Paragraph (damals §. 35) folgendermaßen:

„Verantwortlich ſind und können nach den geſetzlichen Beſtimmungen über Schuld und Mitſchuld gerichtlich verfolgt werden alle Diejenigen, welche zu denen, durch die Preſſe verübten Verbrechen oder Vergehen mitgewirkt oder daran Theil genommen haben, namentlich der Verfaſſer, der Herausgeber, der Verleger, der Drucker und der Verbreiter.

In dem das Preßgeſetz motivirenden Vortrage des Regierungscommiſſärs wird zu dem II. Titel im Allgemeinen angeführt, daß die Regierung dem Gange und dem Inhalte der Verhandlungen beider Kammern (über die Motion auf Preßfreiheit) gefolgt ſei, und ſich aus eigener Ueberzeugung ihren Anſichten angeſchloſſen habe. Er fährt dann fort:

„1) Der Anonymität ſoll auf jede Weiſe entgegengewirkt werden, die der Redefreiheit keinen unnöthigen Zwang anlegt. . . . .

2) Jedes durch die Preſſe begangene Verbrechen oder Vergehen finde ſeine geſetzlich beſtimmte *Strafe*. Aber der Mißverſtand bleibe vermieden, daß es eines eigenen Strafcodex dafür bedürfe. Klar iſt es vielmehr, daß das Werkzeug der Preſſe nur ein Erſchwerungsgrund einer verbotenen Handlung iſt, welche, auch mit andern Werkzeugen oder Mitteln begangen, an ſich ſchon ſträflich iſt. Das Preßgeſetz hat nur in *den* Fällen beſondere Strafbeſtimmungen zu geben: . . . . .

c) wo die beſondere Eigenſchaft der Preßvergehen beſondere Beſtimmungen nothwendig macht."

Die Commiſſion der II. Kammer bemerkte in ihrem Berichte: „der II. Titel des Entwurfs zeichnet ſich aus durch den großen Vorzug der Einfachheit. Der Entwurf der Regierung hat ſich die in dem frühern Commiſſionsberichte aufgeſtellte Grundanſicht angeeignet, daß es eines eigenen Strafcodex über Preßvergehen überall nicht bedürfe . . . . Darnach iſt der ganze Preßſtrafcodex eigentlich erſchöpft durch die beiden §§. 18 und 19."

Zu §. 25, welcher die jetzige Faſſung durch die Commiſſion erhielt, wurde dann angeführt:

„Der §. 25 ändert den §. 35 des Regierungsentwurfs weſentlich dahin ab, daß er die Verantwortlichkeit der Verfaſſer, Herausgeber, Verleger, Drucker und Verbreiter nicht *ſimultan* oder zumal neben einander, ſondern bloß *ſucceſſiv*, nach einander, anordnet. Die Strafdrohung darf nicht weiter gehen, als ihr Zweck, das Unrecht zu verhindern. Sie würde weiter gehen, wenn ſie alle dieſe Theilhaber neben und miteinander verfolgen wollte."

Der Paragraph wurde hierauf ohne weitere Discuſſion angenommen. — Bringt man hiemit die in dem Commiſſionsbericht über die Motion auf Preßfreiheit geſtellten Anträge in Verbindung, ſo ergibt ſich, daß man in Bezug auf die Beſtrafung der Preßvergehen und alſo auch der zu deren Verübung zuſammenwirkenden Perſonen im Allgemeinen eine von dem gemeinen Strafrecht abweichende Beſtimmung nicht für angemeſſen hielt, und nur die Verantwortlichkeit der Herausgeber, der Redaktoren, der Verleger und der Einſender hinſichtlich der *periodiſchen Preſſe* auf eine den allgemeinen Grundſätzen der Strafgerechtigkeit entſprechende Weiſe beſonders feſtgeſtellt wünſchte.

Verhandlungen der Ständeverſammlung von 1831 IV. Beilagenheft S. 143. 153.

Dieſe regelmäßig bei Verübung eines Preßvergehens zuſammenwirkenden Perſonen ſollten nicht ſämmtlich und gleichzeitig haftbar ſein, ſondern es ſollte genügen, wenn man den eigentlichen Thäter und Urheber des Vergehens zur Strafe ziehen könne. Damit es aber möglich werde, den wirklich Schuldigen jeweils zu ermitteln, ſollte als Nothbehelf die ſubſidiäre Verantwortlichkeit der Verleger, Drucker ꝛc. eingeführt werden. Es wurde ſogar geltend gemacht, daß der Verleger, welcher den Verfaſſer nicht nenne, eine ſchwerere Strafe erhalten ſolle, damit der Angreifer um ſo ſicherer aus ſeinem Verſteck hervorgezogen, oder durch die Ausſicht, er werde nicht verborgen bleiben, von dem Angriff abgehalten werde. Die Rückſicht, daß der Staat ſchuldig ſei, jedem Angegriffenen die Gelegenheit zu verſchaffen, daß er ſeinen Angreifer kenne, und die Beſorgniß, daß der wahre Urheber ſich durch Anonymität oder Pſeudonymität der Beſtrafung zu entziehen ſuchen werde, war der hauptſächliche Grund der Beſtimmung in §. 25 des Preßgeſetzes; die Beſtrafung des Verfaſſers und der Haupturheber des Vergehens

Digitized by Google

ſollte alſo in keiner Weiſe beſchränkt, ſondern vielmehr möglichſt erleichtert werden.

Verhandlungen der Ständeverſammlung von 1831 12. Protokollheft S. 191—206.

Hiernach findet §. 25 auf die in ein und derſelben Klaſſe als Miturheber thätigen Perſonen keine Anwendung, ihre Strafbarkeit iſt durch das Preßgeſetz weder erweitert noch beſchänkt, es bleibt hier bei den allgemeinen Grundſätzen des Strafrechtes.

Rüßlin.

IV.

Beitrag zur Geſchichte der ältern badiſchen Strafgeſetzgebung.

Jn §. 62 des Strafedikts iſt bekanntlich beſtimmt, daß eine unehlich Schwangere, wenn ſie in Zeiten von ihrem Zuſtande die Anzeige macht, immerhin noch die Hälfte der auf die Unzucht geſetzten Strafe zu erleiden haben ſoll. —

Dieſe Vorſchrift veranlaßte den als Arzt, accademiſchen Lehrer und Menſchenfreund *) ausgezeichneten Geheimenrath Franz Mai in Heidelberg am 23. October 1807 folgende Eingabe an das Großherzogliche Geheimer-Raths-collegium in Karlsruhe zu richten.

„Nach einem beſtehenden Polizei Geſetze, ſollen ledig ſchwangere Mädger eine Geld Straf von 7 fl. 30 kr., unter Bedrohung der Execution, erlegen.

So gar jene, welche in dahieſiges Geburts Hauß zur Entbindung aufgenommen ſind, werden von den Polizei Dienern gequälet, und verfolget, welche oft ſo arm ſind, daß ſie ihre eigene Blöße nicht bedecken, viel weniger einige Kinder Feßlen, und Windlen aufbringen können. Viele dieſer unglücklichen Geſchöpfe müſſen vor der Aufnahme in das Geburts Hauß, welche ſich auf den 9 ten Monath beſchränket, ihr Brod von Hauß zu Hauß betlen, unglücklicher als die Vögel der Luft, und die Thiere des Walds ſuchen und haben ſie mehrmalen kein anderes Nachtquatier, als den geſtirnten Himmel. Wer iſt demnach dürftiger, als ein, von ihrem Verführer Verlaſſenes, von jedem Hauß verſtoſenes ſchwangeres Mädgen, welches nebſt der drückenſten Armuth noch die Beſchwerden der Schwangerſchaft, die Qualen der öffentlichen Schande, die Vorwürfe des Gewiſſens, die traurigſten Ausſichten der Zukunft, die Treuloßigkeit des viel verſprochen habenden Verführers erdulden muß.

Jch, als Vorſteher des Geburts Haußes, und täglicher Zeuge dieſes äußerſten Menſchen-Elends, fühle mich daher aufgefordert, um die Aufhebung dieſer Geldſtrafe dringend und gehorſamſt, aus folgenden, mir wichtig ſcheinenden Gründen, zu bitten:

a. Das böſe Beiſpiel vornehmer ungeſtrafter Diſtinktions-Sünder und Sünderinnen in Wohlluſts Vergehungen, befördert die uneheliche Schwangerſchaften.

b. Der Eheſtand unter der geringeren Volcksklaſſe, wird durch die Theuerung der Lebens-Bedürffniſſe von Tag zu Tage mehr erſchweret, ohne daß hiedurch die Macht der Fortpflanzungs-Triebe geſchwächet wird.

c. Die Täglich mehr zunehmende Unſittlichkeit und Jrreligioſität vermehret die Gefahren der Verführung, beſonders bei den weiblichen Dienſtboten.

d Der außerordentliche, gar nicht beſchränkte Luxus in Kleidungen bei Mägden, und unter der gemeinen Volcksklaſſe iſt ein heilloſer Verführer zur Unzucht.

e. Die Kaffee-Epidemie reizet die Organe der Fortpflanzung des Geſchlechtsgangs beſonders.

f. Das Erpreſſen einer Geld Strafe verleitet ſchwangere Dirnen entweder dieſes Geld durch Diebſtahl, oder durch fortgeſetzte Unzucht zu erwerben, auf Rechnung der Sittlichkeit.

g. Kränckungen, und Polizei Strafen wircken nachtheilig auf die unſchuldige Leibes-Frucht und ſtürzen die Mutter oft in Verzweiflung.

---

*) Jn dieſer Beziehung erwähnt man nur gelegenheitlich ſeiner im Jahr 1781 in Mannheim eingerichteten, lange blühenden, öffentlichen Lehrſchule für Krankenwärter und Wärterinnen, in welcher er unentgeldlich Unterricht ertheilte und alljährlich bei der Prüfung und Preisvertheilung (noch zu Anfang dieſes Jahrhunderts) wichtige Gegenſtände in faßlicher Sprache dem Publikum ans Herz legte; ſeiner verſchiedenen populären Schriften über die Geſundheitspflege und Vorbeugung wider den Kindermord, ſowie ſeines Entwurfs einer Geſetzgebung über die wichtigſten Gegenſtände der medíciniſchen Polizei (1802). D. E.

h. Die im Geburts Hauße niederkomende uneheliege Schwangere, ſind ſchon dadurch geſtraft, daß ſie ihren Körper den Lehrlingen der Geburts Hülfe preißgeben müſſen.

Die ganze vieljährige Regierung unſeres beſten und Menſchenfreundlichen Regenten, hat ſich durch liebreiche Geſeze, beſonders durch Aufhebung der Leibeigenſchaft und mehrere andere ausgezeichnet; ich darf daher aus obigen Gründen die Aufhebung der Geldſtrafe für uneheliche Schwangere zuverläßig hoffen."

Dieſer humane und wohl motivirte Vortrag eines Kenners der menſchlichen Verhältniſſe blieb von Seite des höchſtſeligen Großherzogs Karl Friedrich nicht unbeachtet und es wurde durch Jenen wahrſcheinlich die ſchon drei Monate ſpäter (am 21. Januar 1808 Regbl. Nr. V.) erfolgte höchſte Entſchließung veranlaßt, wornach die unehlich Schwangeren, welche ſich in die Gebähranſtalt in Heidelberg verfügen und dort ihre Niederkunft halten, von aller Unzuchtsſtrafe befreit bleiben ſollen.

Kirn.

V.

Kann ſich ein Vormund des Verbrechens der Rechnersuntreue ſchuldig machen?

Dieſe Frage ward durch ein hofgerichtliches Urtheil bejaht, welches den Vormund J. Gräßer der Rechnersuntreue für ſchuldig erkannte, weil er von dem in ſeiner pflegſchaftlichen Verwaltung befindlichen Vermögen eine gewiſſe Summe für ſich verwendet hatte, die er übrigens zu erſetzen im Stande war.

In der Recursinſtanz wurde jedoch nicht einmal der Thatbeſtand einer einfachen Unterſchlagung (die uns hier nicht weiter intereſſirt), geſchweige denn jener der Rechnersuntreue als vorhanden angenommen und daher durch abänderndes Urtheil vom 10. Oktober 1846 ausgeſprochen: es ſei kein Grund zur Fällung eines gerichtlichen Erkenntniſſes vorhanden.

In den oberhofgerichtlichen Entſcheidungsgründen iſt kurz bemerkt:

„Das Vermögen minderjähriger Privatperſonen iſt kein öffentliches und der Vormund, der ſolches zu verwalten hat, kein öffentlicher Verrechner, weßhalb dasjenige, was von Kaſſeneingriffen öffentlicher Verrechner gilt, auf ihn nicht angewendet werden konnte. Es iſt daher der Recurrent zunächſt ſchon dadurch beſchwert, daß er eines Verbrechens ſchuldig erklärt wurde, zu welchem es am nöthigen Thatbeſtand fehlt, weil er keine öffentliche Kaſſe zu verwalten hatte, mithin das im §. 90 des Strafedikts mit beſonderer Strafe bedrohete Verbrechen der Rechnersuntreue nicht begehen konnte."

Aus dem von Großherzoglichem Hofgerichte geltend gemachten Grunde, daß die Obrigkeit die Vormünder zu beſtellen und deren Verwaltung zu beaufſichtigen habe, läßt ſich eine ausdehnende Interpretation oder analoge Anwendung des §. 90 auf Kaſſeneingriffe der Pfleger um ſo weniger rechtfertigen, als durch die Staatsaufſicht die rechtliche Natur des Mündelguts nicht alterirt und durch die Malverſationen des Vormunds nur das Vermögen des Pflegbefohlenen beeinträchtigt, beziehungsweiſe nur dieſem gegenüber eine Erſatzpflicht begründet wird.

D. R.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

☞ Diejenigen geehrten Abnehmer der Annalen, welche dieſe Zeitſchrift durch eine Poſtanſtalt beziehen, wollen die Güte haben, dieſelbe

vor Ablauf des zweiten Semeſters von Neuem zu beſtellen,

weil die Großherzoglichen Poſtanſtalten nur dann das neue Semeſter liefern, wenn ſolches ausdrücklich beſtellt worden iſt.

Preis für den Jahrgang, mit Poſtgebühr, 5 fl., für das Semeſter 2 fl. 30 kr.

Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 48. Karlsruhe den 28. November 1846.

I.

1) Bei Beſtrafung des Betrugs darf derjenige Betrag nicht mit eingerechnet werden, für welchen der Getäuſchte ſich (durch Beſchlagnahme) Deckung verſchafft.

Feuerbach §. 414 und Mittermaiers Note dazu. Eſcher vom Betruge p. 137, 183, 184.

Grollmann, Grundſätze der Criminalrechts-Wiſſenſchaft §. 288; §. 450, 451 des neuen Strafgeſetzes.

2) Landesverweiſung iſt auch neben bürgerlicher Strafe eines peinlichen Vergehens zu erkennen.

Der 42 Jahre alte Karl S., früher Rothgerber in Heilbronn, wo er längere Zeit hindurch ein üppiges verſchwenderiſches Leben eines Müſſiggängers führte und ſo ein bedeutendes Vermögen durchbrachte — entfernte ſich, nachdem er zuvor in Gant gerathen war und eine gegen ihn wegen fahrläſſigen Schuldenmachens erkannte ſechsmonatliche Kreisgefängnißſtrafe erſtanden hatte, aus ſeiner Vaterſtadt, zog in der Rheingegend herum und kam nach Mannheim, wo er ein, in einem öffentlichen Hauſe befindliches Freudenmädchen, Katharina W., kennen lernte.

Mit dieſer Perſon, die er bald für ſeine reiche Braut, bald für ſeine reiche Frau ausgab, reißte er im Spätjahr 1844 nach Heilbronn, von da nach Bamberg und über Nürnberg nach Würzburg und Heidelberg.

Dort kam er Ende Novembers 1844 von allen Geldmitteln entblößt mit ſeiner Begleiterin im Falkenwirthshauſe an, wo er auch ſchon im October 1844 einige Tage mit Hinterlaſſung einer Zechſchuld von 19 fl. 49 kr. logirt hatte, und wo er ſich nun unter dem falſchen Vorgeben, ſeine Begleiterin ſei ſeine Frau und beſitze großen Reichthum, — derart Credit zu verſchaffen wußte, daß man ihn und ſeine Begleiterin vom 30. November 1844 bis zum 2. Januar 1845 (an welchem Tage der Falkenwirth enttäuſcht wurde) verköſtigte und beherbergte, ohne daß während dieſer Zeit irgend eine Zahlung von ſeiner Seite erfolgte.

Bei ſeinem Austritte behielt der Wirth, deſſen Forderung ſich auf 174 fl. 13 kr. belief — ſeinen Koffer mit zu 70 fl. 28 kr. gewertheten Effecten ſo wie die Kleider der Katharina W. zurück, welche jedoch ſpäter dieſelben durch Zahlung von 50 fl. auslöste.

Auf den Grund der hierüber gegen ihn eingeleiteten Unterſuchung wurde nun Karl S. vom Großherzogl. Hofgerichte des Unterrheinkreiſes (I. Cr. Senat) des Betrugs für ſchuldig erkannt; bei Ausmeſſung der Strafe ergab ſich aber eine Verſchiedenheit der Anſichten, indem eine Minorität der Stimmführer nur den, durch den Werth der zurückbehaltenen Effecten nicht gedeckten Reſt der Forderung des zu ſeinem Nachtheil getäuſchten Wirths, als dieſem zugefügten Schaden berückſichtigt wiſſen wollte, während die Majorität ausſprach:

„Die Strafe des 174 fl. 13 kr., mithin über 7. Mark betragenden, Betrugs berechnet ſich auf etwa 6 Monate bürgerlichen Gefängniſſes.

vergl. §. 75 des Strafedicts §. 98. 4. des Anhangs hierzu.

Der Getäuſchte hat zwar 50 fl. von Katharina W. für Ausfolgung ihrer zurückbehaltenen Effecten erhalten und iſt durch den Beſitz der Fahrniß des Angeſchuldigten für weitere 70 fl. 28 kr. geſichert. Allein der Angeſchuldigte hatte den Zweck der Täuſchung erreicht, ſobald er den

Digitized by Google

damit beabſichtigten Credit erhielt, und wenn auch der Betrogene nachträglich mißtrauiſch wurde, und die Vorſicht hatte, ſich vor wirklichem Schaden ſo weit als möglich zu wahren, ſo geſchah dies ohne Zuthun des Angeſchuldigten, ändert daher auch an den Merkmalen ſeines Vergehens nichts. Die von dem Angeſchuldigten und ſeiner Begleiterin eingebrachte Fahrniß war überdies an ſich nicht zur Zahlung des Wirths geeignet und beſtimmt, ſondern nur zum Gebrauche der Eigenthümer, auch geſchah die Auslöſung der W.'ſchen Fahrniß nicht ſowohl zum Zweck der Befriedigung des Wirths, als der Wiedererlangung der Kleidungsſtücke. Der Angeſchuldigte behauptet zwar, er habe — auf Zahlung gedrängt, freiwillig ſeine Effecten zur Sicherung des Wirhts zurückgelaſſen; allein dieſe Verſicherung widerſpricht der eidlich erhärteten Angabe des Wirths: wäre übrigens — auch wenn ſie wahr wäre — nicht einmal zum Milderungsgrunde geeignet, weil dieſe Sicherung nur für theilweiſen Erſatz des Schadens geleiſtet worden und nicht aus Reue, ſondern in der Verlegenheit und um weitere Unannehmlichkeiten zu beſeitigen, geſchehen wäre.

vergl. §. 73. c. des Strafedict's §. 92 der Erläuterungen.

„Ebenſo fehlt der Auslöſung der W.'ſchen Fahrniß das Merkmal der Reue und Freiwilligkeit, um ihr oder dem Angeſchuldigten zur Milderung ihres Vergehens gereichen zu können."

Aus dieſen Gründen wurde Karl S. des an Falkenwirth Ganzenmüller in Heidelberg im Betrag von 174 fl. 13 kr. verübten Betrugs für ſchuldig erkannt, deßhalb zu Arbeitshausſtrafe von 6 Monaten verurtheilt; auch wurde in Gemäßheit des §. 33 des Strafedicts die Landesverweiſung gegen ihn ausgeſprochen.

Gegen dieſes Urtheil führte derſelbe den Recurs zum Rechte aus und ſtellte insbeſondere folgende Beſchwerden auf:

1) es könne ein Betrug im Betrage von 174 fl. 13 kr. nicht angenommen werden, vielmehr berechne ſich die Betrugsſumme viel niederer, weßhalb die Strafe herab geſetzt werden müſſe;

2) in keinem Falle dürfe aber die Landesverweiſung gegen ihn ausgeſprochen werden.

Großh. Oberhofgericht erkannte hierauf durch Urtheil vom 2. September 1846. Nr. 3932 und 3933 (I. Cr. Sen.), der Angeſchuldigte ſei des an Wirth Ganzenmüller verübten Betrugs nur bis zum Betrage von 53 fl. 45 kr. für ſchuldig zu erklären und deßhalb in eine dreimonatliche Arbeitshausſtrafe zu verurtheilen, dabei beſtätigte es aber das hofgerichtliche Erkenntniß, ſoweit es die Landesverweiſung gegen den Angeſchuldigten ausſprach.

Zur Begründung dieſes Urtheils iſt ausgeführt:

ad. 1. „die Beſchwerde darüber, daß das hofgerichtliche Urtheil die Summe des verübten Betrugs auf 174 fl. 13 kr. angenommen und hiernach die Strafe bemeſſen hat, erſcheint begründet.

Zum Thatbeſtande des vollendeten Verbrechens des Betrugs wird nämlich da, wo es ſich, wie hier, nicht zugleich von einer Urkundenfälſchung behufs des Betrugs handelt, wo alſo nicht die beſondere Vorſchrift des §. 48 des Strafedicts eintritt, — eine wirklich eingetretene Beſchädigung des Betrogenen vorausgeſetzt (cf. Mittermaiers Note zu Feuerbach §. 414 womit auch das künftig ins Leben tretende Strafgeſetz §. 450 und 451 übereinſtimmt). Im vorliegenden Falle haben aber Inkulpat und ſeine Begleiterin in das Haus des Falkenwirths Ganzenmüller ſo viele Fahrniſſe eingebracht, daß Ganzenmüller damit eine Deckung von 50 fl. baar bereits erhalten, und für eine weitere Deckung von 70 fl. 28 kr. vollkommene Sicherheit hat. Wirth Ganzenmüller iſt ſonach, wenn man dieſe beiden Summen von ſeiner Forderung im Betrage von 174 fl. 13 kr. abzieht, durch des Inkulpaten Betrug nur um die Summe von 53 fl. 45 kr., alſo um beiläufig zwei Mark Silber in ſeinem Vermögen beſchädigt worden, während das Großherzogl. Hofgericht einen Betrug von 6 Marken Silber angenommen, und deßhalb (nach Inhalt ſeiner Entſcheidungsgründe) die Betrugsſtrafe auf 6 Monate Arbeitshaus berechnet hat.

Es muß daher jedenfalls dadurch, daß man das hofgerichtliche Straferkenntniß in demſelben Verhältniß, wie ſich nach obiger Annahme die Betrugsſumme ändert, herabſetzt, die Strafe des Inkulpaten für den von ihm an Wirth Ganzenmüller verübten Betrug nur auf zwei Monate Gefängniß berechnet werden.

Man kann hiergegen nicht einwenden, jene dem Wirthe Ganzenmüller gewordene Deckung und Sicherheit ſei ohne Zuthun des Inkulpaten erfolgt, und könne daher, — nachdem Inkulpat ſich durch falſche Vorſpiegelungen einen Credit von 174 fl. 13 kr. bereits verſchafft gehabt

habe, — nicht in Abzug gebracht, und auch, weil überall von keinem, aus wirklicher Reue erfolgten Erſatze eines Theils des Schadens die Rede ſei, nicht einmal in analoger Anwendung von lit. c. des §. 73 des Strafedicts und nach §. 92 der Erläuterungen zum Strafedicte als Milderungsgrund geltend gemacht werden; denn es hat ſich nirgends eine auch nur einigermaßen erhebliche Inzicht dafür ergeben, daß Inkulpat S. und ſeine Begleiterin beabſichtigt oder gar unternommen hätten, ihre in das Falkenwirthshaus eingebrachte Fahrniß heimlich aus demſelben wieder zu entfernen, und allgemein bekannt iſt die (in L.R.S. 2102. Nr. 5 ausgedrückte) Vorſchrift und die darauf gegründete, im gewöhnlichen Leben oft vorkommende Uebung, daß Gaſtwirthe wegen ihrer Forderungen ſich vorzugsweiſe an die in ihr Gaſthaus eingebrachte Fahrniß der Reiſenden halten.

Es konnte daher dem Inkulpaten auch nicht entgehen, daß Wirth Ganzenmüller, wie auch in der That geſchah, vor Allem ſich an die eingebrachte Fahrniß des S. und ſeiner Begleiterin halten würde, und daß ſeine betrügeriſchen Vorſpiegelungen nur von da an, und nur in ſo weit zu ſeinem Vortheile eine Beſchädigung des Wirths Ganzenmüller bewirken könnten, als die Lieferungen des Wirths den Betrag der beigebrachten Sicherheit überſteigen würden.

ad 2. „Die Frage hingegen, ob die Beſtrafung des Angeſchuldigten nach §. 33 des Strafedicts die Landesverweiſung deſſelben zur Folge haben müſſe, beziehungsweiſe ob der Angeſchuldigte durch die von Großherzogl. Hofgerichte erkannte Landesverweiſung beſchwert ſei? muß verneint werden; denn der erwähnte §. 33 verordnet, daß allemal auf Landesverweiſung erkannt werden ſolle, wenn ein Ausländer ſich eines peinlichen Verbrechens ſchuldig gemacht habe; er macht dieſelbe alſo lediglich von dem Charakter der Peinlichkeit des Verbrechens und nicht der darauf geſetzten Strafe abhängig. Daß aber der große Diebſtahl, obgleich ſolcher nicht mit peinlicher Strafe zu ahnden iſt, dennoch zu den peinlichen Verbrechen gehöre, kann nach §. 2,*) und 4 des Strafedicts und §. 9 der Erläuterungen um ſo weniger einem Zweifel unterliegen, als im §. 35 des Strafedicts klar ausgeſprochen iſt, daß bürgerliche Leibesſtrafen, insbeſondere die Arbeitshausſtrafe auch auf peinliche Vebrechen erkannt werden können. †)“

Stempf.

---

*) Der Unterſcheidung des §. 2 des Strafedicts, in welchem als Merkmal der höheren oder peinlichen Straffachen von dem Geſetzgeber die Zuſcheidung des Urtheils an die Hofgerichte hervorgehoben iſt (vergl. §. 4 b — e des Strafedicts) — entſpricht die Bemerkung in dem Erlaſſe des Geheimenraths vom 22. Septemb. 1804 (Regierungsblatt Nr. 36) daß in §. 2 und 4 des Strafedicts dadurch genau feſtgeſetzt worden ſei, welche Vergehen als peinlich angeſehen werden ſollen, daß die Cognition, und Deciſion einer Vertheilung auf zweierlei Stellen unterworfen worden ſei. Hiermit übereinſtimmend ſind in §. 17 der Erläuterungen als peinliche Unterſuchungen diejenigen bezeichnet, in welchen der Bezirksrichter nicht zugleich der urtheilende Richter iſt.

Da nun nach §. 4 des Strafedicts die oberrichterliche Strafgewalt ſtets eintritt, ſobald wegen Betrügereien, Urkundenfälſchungen, zweiter Rückfälle in Unzuchtsvergehen und Diebſtahl, wegen Rückfalls in Ehebruch, wegen großer oder qualificirter Diebſtähle eine mehr als vierwöchentliche Freiheitsſtrafe zu erkennen iſt, vergl. §. V. des Juſtizminiſterial-Erlaſſes vom 15. September 1810. (Regierungsblatt Nr. 39.)

§. 2. (am Schluſſe) des Juſtizminiſterial-Erlaſſes vom 21. Auguſt 1813 (Regierungsblatt Nr. 26.)

ſo ergibt ſich hieraus in Vergleichung mit §. 2 des Strafedicts, daß ſolche von den Hofgerichten mit mehr als 4 Wochen Gefängniß beſtrafte Vergehen als peinliche anzuſehen ſind.

D. E.

†) Nach §. 2 und 35 des Strafedicts iſt es unrichtig, wenn in dem Erlaſſe des Geheimenraths vom 22. September 1804. (Regierungsblatt Nr. 36) behauptet wird, bürgerliche Strafen ſeien peinlichen Vergehen nur dann, wenn dieſe ſchuldhafterweiſe begangen worden, zuzumeſſen.

vergl. §. 48. d.; §. 61, 62, 70, 75, 76 des Strafedicts.

Aus der Unrichtigkeit dieſer Behauptung folgte aber auch die weitere unter lit. d. des mehrerwähnten Geheimenraths-Erlaſſes, daß nämlich bei einer Verurtheilung zu bürgerlicher Strafe — auch wegen peinlicher Vergehen — die Landesverweiſung nicht ausgeſprochen werden dürfe.

Hierfür wird zwar ebendaſelbſt noch der Grund angeführt, die Landesverweiſung ſei in Art. 33 des Strafedicts ausdrücklich unter die peinliche Strafen gerechnet und ihre Uebertretung mit halbjähriger Zuchthausſtrafe verpönt; ſie wäre alſo als Zuſatz zu einer bürgerlichen Strafe eine härtere Strafart, als die, welche der Schuldige durch ſein Vergehen unmittelbar verwirkt habe.

Man wird jedoch die Landesverweiſung kaum eine ſelbſtſtändige Strafe, alſo auch nicht eine peinliche Strafe, nennen können: ſie iſt vielmehr nur die geſetzliche Folge der Verübung eines peinlichen Vergehens, durch deren Uebertretung erſt eine peinliche Strafe verwirkt wird.

vergl. den §. 18 des neuen Strafgeſetzes.

Jene Behauptung des mehrerwähnten Erlaſſes vom 22. Septem-

Digitized by Google

II.

1) Innerhalb welcher Zeit verjährt das Klagrecht des Großherzoglichen Fiſcus gegen den Rechner wegen Erſatz verausgabter Gelder?

2) Welche Wirkungen haben Rechnungs-Abſolutorien?

Der Großherzogliche Fiſcus erhob im Jahre 1845 gegen Hofkammerrath Haub, als ehemaligen Verrechner der Mainzer Salm-Krautheimer Schuldentilgungscaſſe vom Jahre 1808 bis zum Jahre 1809 eine Klage auf Erſatz folgender Poſten:

1) 174 fl. 26 kr. zu viel bezahlter Zinſen aus den Rechnungen für das Jahr 1812—13 und 1813—14.

2) 600 fl. desgleichen aus der Rechnung für das Jahr 1813—14.

3) 2550 fl. desgleichen aus der Rechnung für das Jahr 1813—14.

4) 1013 fl. 28 kr. Zinſen aus der Rechnung für das Jahr 1812—13.

5) 24 fl. 24 kr. für Schreibmaterialien aus der Rechnung für die Jahre 1816-17 und 1817—18.

6) 91 fl. 40 kr. zu viel bezahlter Zinſen aus der Rechnung für das Jahr 1816—17.

7) 22 fl. 32 kr. Geldtransportkoſten aus der Rechnung für das Jahr 1813—14.

8) 231 fl. zu viel bezahlter Zinſen aus den Rechnungen für die Jahre 1808—9, 1809—10 und 1812—13.

Dieſem Anſpruche des Großherzoglichen Fiſcus wurde von Seiten des Beklagten proceßhindernd entgegen gehalten:

A. Die Einrede der Verjährung, gegründet auf l. 13, §. 1. D. de divers. temp. praescript. und auf die Analogie des L. R. S. 475.

B. Die Einrede der durch die competenten Behörden entſchiedenen Sache, nämlich die Rechnungen ſeien ſeiner Zeit abgelegt, geprüft und für richtig gefunden und dem Beklagten das Abſolutorium darüber ertheilt worden. Zum Beweiſe wurden die Abſolutorien für die Jahre 1811—12, 1812—13, 1813—14, 1814—15, 1818—1819 vorgelegt.

Nach weiter gepflogenen Verhandlungen erkannte das Großherzogliche Oberamt Heidelberg durch Urtheil vom 22. November 1845 zu Recht:

> der Großherzogliche Fiſcus ſei mit der erhobenen Klage abzuweiſen und in ſämmtliche Koſten zu verurtheilen.

Die Entſcheidungsgründe, inſoweit ſie hierher gehören, lauten:

Ueber die Frage, in welcher Zeit die Klagen des Fiſcus verjähren, herrſchen in der Doctrin des römiſchen Rechtes verſchiedene Anſichten. Nach der Meinung der bewährteſten Rechtsgelehrten muß der Fiſcus, wie jede andere Perſon, ſeine Anſprüche, die er als Eigenthümer oder Gläubiger zu machen hat, in 30 Jahren erheben,

Savigny, Syſtem B. 5. S. 360.
v. Vangerow, Pandecten B. 1. S. 173.

während Andere dem Fiſcus auf den Grund einer Geſetzesſtelle (l. 14. Cod. de fund. patr.) das Privilegium einräumen, daß ſeine Klagen erſt in 40 Jahren verjähren.

Gönner, Proceß B. 4. S. 139.

Allein da die für die letzte Anſicht angerufene Stelle nur von einer beſondern Art von heut zu Tage nicht

---

der 1804 iſt übrigens in §. 46 der Erläuterungen dahin beſchränkt worden, daß gegen Ausländer, welche wegen peinlicher Verbrechen klagfrei erklärt wurden, die Entfernung aus dem Lande nicht in der Form der Landesverweiſung, ſondern unter der milderen der Fortweiſung auszuſprechen ſei.

Fragt man endlich nach dem Grund der Landesverweiſung, ſo ergibt ſich wohl nur der, daß man die Bewohner des Inlandes vor verbrecheriſchen Ausländern ſichern wollte. Dieſer Grund ſchlägt aber namentlich bei Betrügereien und Unterſchlagungen, die ſtets nur mit bürgerlicher Strafe belegt werden, gewiß mehr ein als z. B. in dem Falle, wenn ein ſonſt unbeſcholtener Ausländer in einem unglücklichen Augenblicke eines Todtſchlags (einer muthwilligen Tödtung) ſich ſchuldig macht und dadurch Zuchthausſtrafe verwirkt.

vergl. die Motive zu den §§. 1920 und 42 des Entwurfs des Strafgeſetzbuches §. 43 des neuen Strafgeſetzes.

Es wird ſich daher die in neuerer Zeit oft vertheidigte mildere Anſicht, Landesverweiſung dürfe nur gegen Ausländer, welche eine peinliche Strafe verwirkt haben, erkannt werden, kaum rechtfertigen laſſen. D. E.

mehr vorkommenden Domainengütern ſpricht, die andere hingegen ſich auf Geſetzesſtellen gründet, welche im Allgemeinen die Rechte des Fiscus abhandeln,

l. 6. Cod. de fund. reip.

l. 6. §. 1. D. de jure fisci.

ſo verdient gewiß dieſe Anſicht, die dem Fiscus nur eine Friſt von 30 Jahren zu Klagen geſtattet, den Vorzug vor der andern.

Auch kann bei unſerer jetzigen Geſetzgebung hierüber kein Zweifel mehr beſtehen, da nach L. R. S. 2281 auch jene Verjährungen, wozu nach den alten Geſetzen mehr als 30 Jahre erforderlich waren, gleichwohl nach dem Ablaufe von 30 Jahren vollendet werden. Hiernach würde die Klage des Fiscus in 30 Jahren verjährt ſein.

Mag nun gleich im Buche III, Titel XX., Abſchnitt 4 des Landrechts bei Aufzählung der beſondern Arten der Verjährung des Falles nicht gedacht ſein, daß der Rechnungsherr ſeine etwaige Bedenken gegen einzelne Poſten einer Rechnung gegen den Rechnungsſteller innerhalb einer gewiſſen kurzen Friſt gerichtlich austragen ſoll, ſo kann ihm doch nicht mit Berufung auf L. R. S. 2262 eine 30jährige Friſt zu Statten kommen, weil eine derartige Klage bei einer Vergleichung der einzelnen Stellen des Landrechtes und nach dem Grunde und Geiſte des Geſetzes, worauf der Richter nach L. R. S. 4 a. bei der Entſcheidung Rückſicht nehmen muß, an eine kürzere Friſt gebunden iſt.

Unverkennbar geht aus dem L. R. S. 1985 a. und dem Anhang S. 92 ac. –ag. die Abſicht des Geſetzgebers hervor, daß der Empfänger irgend einer Sache oder eines Gegenſtandes dieſelbe in kurzer Friſt zurückgeben oder nach vorgenommener Prüfung ſeine etwaigen Erinnerungen dem Andern mittheilen ſoll und nach Art. 475, 1648, 1167 a., 1304 des Landrechts muß man annehmen, daß dieſes in 10 Jahren geſchehen ſoll. Nach dem Grunde und Zwecke des Geſetzes ſoll offenbar Der, welcher durch Uebergabe des Gegenſtandes von ſeiner Seite den Vertrag erfüllte, nicht erſt nach vielen Jahren, wenn ſich ſein Gedächtniß nicht mehr aller Nebenumſtände erinnert, in die unangenehme Lage kommen, ſich zu ſeiner Vertheidigung die nöthigen Beweiſe zu verſchaffen, was er vielleicht nur mit größter Schwierigkeit thun könnte, oder ihm gar nicht mehr möglich wäre. Alle dieſe Nachtheile, Schwierigkeiten und Unzuläſſigkeiten, welche eine lange verzögerte Beweisführung mit ſich bringt, will der Geſetzgeber dadurch abſchneiden, daß der Empfänger eines Gegenſtandes ſeine etwaigen Beſchwerden in Bälde erheben ſoll.

Ausdrücklich ſagt auch L. R. S. 475, daß jede Klage eines Mündels gegen ſeinen Vormund, der nach L. R. S. 469 am Schluſſe Rechnung über ſeine Verwaltung zu ſtellen hat, in 10 Jahren verjährt. Dieſelben Gründe, welche den Geſetzgeber hiezu bewegen, ſind aber auch bei andern Verwaltungen vorhanden, und wenn dieſes nicht gerade ausdrücklich in unſerm Landrechte geſagt iſt, ſo muß man doch dieſen Artikel nach dem Grundſatze: ubi eadem ratio, ibidem ejusdem legis dispositio, ſo wie nach der Abſicht und dem Grunde des Geſetzes analog auf den vorliegenden Fall anwenden, wie bereits in einem ähnlichen der oberſte Gerichtshof anerkannte.

v. *Hohenhorſt*, Jahrbücher N. F. B. 6. S. 67.

Brauer, Erläuterungen B. 6. Nr. 140, 142.

Dieſe Grundſätze auf vorliegenden Fall angewendet, ſo unterliegt es keinem Zweifel, daß die 10jährige Friſt längſt abgelaufen iſt. Nach dem Klagvortrage wurde die Verwaltung der Mainz'ſchen Salm-Krautheim'ſchen Schuldentilgungscaſſe dem Beklagten im Jahre 1819 abgenommen und hat derſelbe bis zu dieſem Jahre ſeine Rechnungen abgelegt. Durch Stellung der letzten Rechnung vom 1. Mai 1818—19 erfüllte ſomit der Beklagte als Rechner alle Verbindlichkeiten, welche ihm nach L. R. S. 1993 oblagen. Nach dem vom Gegentheile anerkannten Beſchluſſe des Großherzoglichen Directoriums des Main- und Tauberkreiſes vom 28. Juni 1820 muß man für beſtimmt annehmen, daß ſich die letzte Rechnung, wenigſtens an dieſem Tage, in den Händen der revidirenden Behörde befand und die 10jährige Verjährung, abgeſehen davon, daß ſich die erhobenen Anſprüche auf Rechnungen für die Jahre 1812—13, 1813—14 1816—17 und 1817—18 gründen, wenigſtens an dieſem Tage zu laufen anfing.

Auf die vom Großherzoglichen Fiscus *ergriffene Appellation* erfolgte vom Großherzoglichen Hofgerichte des Unterrheinkreiſes unterm 4. März 1846 ein *beſtätigendes Urtheil* aus folgenden Gründen:

Die Klage, welche ſich auf die Behauptung ſtützt, daß der Beklagte ſich über die Verausgabung mehrerer Po-

Digitized by Google

ſten der ihm zur Verwaltung anvertrauten Mainziſchen Salm-Krautheimſchen Bezirks-Schuldentilgungscaſſe nicht hinreichend auszuweiſen vermocht habe, und deßhalb zum Erſatze verpflichtet ſei, iſt durch die dafür vorgetragenen Thatſachen rechtlich begründet.

Indeſſen hat der Beklagte, ohne ſich auf die Klage einzulaſſen, derſelben die zerſtörlichen Einreden der Rechnungsgenehmigung und der Verjährung entgegengeſetzt und auch erſtere Einrede begründet und bewieſen, ſo daß es auf die Prüfung der letztern nicht weiter ankommt.

Der Beklagte hat nämlich behauptet, daß die Rechnungen, in welchen die nun beanſtandeten Poſten als verausgabt aufgeführt wurden, ſeiner Zeit von den competenten Oberbehörden geprüft und gutgeheißen worden ſeien und beruft ſich zum Beweiſe auf die ergangenen Rechnungs-Abſolutorien der Rechnungs-Oberreviſion (zur Rechnung 1811—12) des Caſſen-Departements (zur Rechnung 1812—13) des Großherzoglichen Finanz-Miniſteriums (zur Rechnung 1813—14 und 1814—15) und des Main- und Tauberkreis-Directoriums (zur Rechnung 1818—19), welche ſämmtlich vorgelegt und klägeriſcher Seits anerkannt wurden, ſo wie für die Rechnungen 1808—11 und 1815—17 auf die für dieſe Rechnungen ergangenen Abſolutorien, deren Herausgabe er vom Großherzoglichen Fiscus fordert und auf die Behauptung, daß ſchon die ſpätern Abſolutorien eine Genehmigung der vorangegangenen Rechnungen in ſich ſchließen, ſtützt.

Rechnungs-Abſolutorien wirken nun zwar nicht wie richterliche Entſcheidungen, auch kann nicht allen Abſolutorien, wie ſie in manchen Rechtsverhältniſſen ergehen, die einer Quittung gleichkommende Wirkung der Rechnungsgenehmigung beigelegt werden, indem ſie vielfach (wie z. B. die obrigkeitliche Prüfung der Vormundſchafts-Rechnungen) nur einen disciplinaren oder formellen Zweck haben mögen: dagegen enthalten ſie alsdann eine förmliche Rechnungsgenehmigung (eine Genehmigung der Einnahmen und Ausgaben,) wenn ſie von dem Rechnungsherrn ſelbſt oder bezüglich auf Staatsgelder von denjenigen Behörden ertheilt werden, welchen die beſondere Befugniß ertheilt iſt, den Staatsfiscus hierin zu vertreten.

Vergleicht man nun die organiſchen Beſtimmungen, welche in dem Organiſationsedict Beil. F. §. 23 und 27 getroffen wurden, ſo ergibt ſich, daß das Finanz-Miniſterium in drei einander gleichſtehende Departaments eingetheilt war, davon das letzte, das Kaſſen-Departement, die Beſtimmung erhielt, die Centralleitung des ganzen herrſchaftlichen Rechnungs- und Kaſſenweſens zu beſorgen und daß hiezu nicht allein die Sorge für die Gleichförmigkeit des Rechnungsweſens, ſondern unter andern auch die Decretur der unſtändigen Einnahmen und Ausgaben auf herrſchaftliche Kaſſen, die Fürſorge für die Deckung der Bedürfniſſe ſolcher Kaſſen u. ſ. w. gerechnet wurden. Standen aber dem Kaſſen-Departement ſolche Decreturbefugniſſe zu, ſo kann es keinen Zweifel leiden, daß es dieſes Recht auch durch Erlaſſung von Abſolutorien ausüben durfte, ja es ergibt ſich aus der Organiſations-Beilage D. §. 19 lit. r. mit F. §. 27 lit. a., daß die endliche Decretur, wenn ſie nicht zuvor geſchehen war, bei der Rechnungsabhör erfolgen, alſo mit und durch das Rechnungs-Abſolutorium geſchehen ſollte. Es war lediglich Sache des Kaſſen-Departements, wenn es von andern Verwaltungsbehörden Aufklärung oder Zuſtimmung bedurfte, ſich dieſe zu verſchaffen.

Durch das ſpätere Organiſationsreſcript vom 21. Juli 1812 Beilage G. §. 11 wurde hieran nichts geändert, als daß die drei Finanz-Departements auf zwei reduzirt und dem zweiten unter andern auch die Geſchäfte des frühern Kaſſen-Departements übertragen wurden, wodurch es ſich erklärt, daß zwei der angerufenen Abſolutorien von dem Großherzoglichen Finanz-Miniſterium ſelbſt erlaſſen wurden.

Endlich ergibt ſich aus der Klage, daß zuletzt die hier in Frage liegende Kaſſe der Verwaltung des Main- und Tauberkreis-Directoriums als Bezirksverrechnung überlaſſen wurde und auch dieſer Stelle kam nach dem Organiſationsreſcripte Beil. lit. D. §. 19 lit. r. dieſelbe Befugniß zu, eine endliche Decretur unſtändiger Einnahmen und Ausgaben zu ertheilen, alſo — da ſtändige Einnahmen und Ausgaben ohnehin keiner Decretur bedürfen, alle Einnahmen und Ausgaben mit ihren Beilagen zu prüfen und zu genehmigen.

Hiernach ſteht alſo feſt, daß durch die Abſolutorien der bisher genannten Behörden auch die hier in Frage liegenden Ausgaben bezüglich der Jahresrechnungen, worüber ſie ergangen, auf rechtsverbindliche Weiſe erlaſſen waren und da dieſe Abſolutorien theilweiſe Receſſe feſtſetzen, welche der Rechner zu erſetzen hatte, ſo ſpricht

Digitized by Google

die Vermuthung ſowie auch die als Regel bei den Verrechnungen beſtehende Norm dafür, daß der jeweilige Activ- oder Paſſivreceß der einen Rechnung auf die andere übertragen wurde, alſo der ſpätere Receß zugleich die Genehmigung der frühern Rechnung enthält. Somit liefern die ſpätern Abſolutorien hinreichenden Beweis, daß auch die frühern Rechnungen von 1808/11 und 1816/17 genehmigt wurden, ohne daß ein weiterer Paſſivreceß blieb, als in den ſpätern Rechnungen geſchehen, daß ſomit auch die aus jenen Rechnungen jetzt beanſtandeten Poſten bei den damaligen Abſolutorien genehmigt worden ſein müſſen.

Der Grundſatz, daß hiernach die vorgelegten Abſolutorien eine Rechnungs-Genehmigung enthalten, könnte dann eine Ausnahme erleiden, wenn es ſich um bloße Calculfehler, um unterlaſſene, dem Rechnungsherrn unbekannte Vereinnahmungen oder Ausgaben handelte, welche auf Betrug, Fälſchung u. ſ. w. beruhen: allein ein ſolcher Fall liegt hier nicht vor. Der Großh. Fiscus ſchützte zwar hinſichtlich einiger Poſten, die Replick des Betrugs vor, allein er bezog ſich zur Begründung lediglich auf die in der Klage angeführten Thatſachen und aus dieſen mag ſich wohl einige Vermuthung ergeben, daß ein Theil der hier in Frage liegenden Ausgaben dem damaligen Finanzrathe Roth zufloſſen, nicht aber daß der Beklagte, der den höheren Weiſungen Folge leiſtete, an dieſem Betruge betheiligt und daß die Rechnungs-Genehmigung Folge jenes Betrugs war, indem den damaligen Prüfungsbehörden ſo gut wie dem Beklagten bekannt ſein mußte, daß die erlaſſenen Weiſungen durch den Finanzrath Roth veranlaßt worden oder unterſchrieben waren.

Wenn nun die Rechnungen des Beklagten durch die damaligen zuſtändigen Behörden genehmigt wurden, und der Beklagte ſich hiebei beruhigte, was nach dem ihm günſtigen Inhalte der Abſolutorien nicht bezweifelt werden kann, ſo waren die ſpätern Rechnungsbehörden nicht befugt, einſeitig dieſe Genehmigung zurückzunehmen und eben ſo wenig kann aus dem Umſtande allein, daß der Beklagte ſich auf neue Erörterungen einließ, ein Verzicht deſſelben auf die ihm durch die Genehmigung erwachſenen Rechte hergeleitet werden.

Der Großherzogliche Fiscus ergriff nun das Rechtsmittel der Oberappellation und das Großherzogliche Oberhofgericht hat durch Urtheil vom 15. September 1846 zu Recht erkannt:

1) daß das hofgerichtliche Erkenntniß hinſichtlich des 1., 2., 3., 4., 7., 8. Klagpoſtens zu beſtätigen, dagegen aber
2) in Bezug auf den 5. und 6. Klagpoſten im Betrage von 24 fl. 24 kr. und 91 fl. 40 kr. dahin abzuändern ſei, daß die von dem Beklagten als proceßhindernd vorgeſchützten Einreden der Rechnungsgenehmigung und Verjährung zu verwerfen und der Beklagte ſchuldig ſei, innerhalb einer ihm von dem Richter erſter Inſtanz hiezu anzuberaumenden Friſt in Bezug auf dieſe Poſten in der Hauptſache auf die Klage zu antworten:
3) daß die durch die Verhandlung über dieſe proceßhindernden Einreden veranlaßten Koſten der drei Inſtanzen zu ⁵/₆ dem Großherzoglichen Fiscus und zu ¹/₆ dem Beklagten zur Laſt zu ſetzen ſeien.

Entſcheidungsgründe.

Die vom Großherzoglichen Fiscus erhobene Klage iſt auf den Erſatz mehrerer Poſten gerichtet, welche der Beklagte als Verwalter der vormaligen Mainz-Salm-Krautheimſchen Bezirks-Schuldentilgungscaſſe in der Zeitperiode vom Jahre 1808 bis zum Jahre 1819 in den von ihm geſtellten Rechnungen in Ausgabe brachte, ohne dieſe Ausgabe gehörig zu belegen oder auf andere Weiſe zu rechtfertigen.

Da der Beklagte zugiebt, daß ihm in der angegebenen Zeitperiode die Verwaltung dieſer Caſſe übertragen geweſen ſei und daß er dieſelbe verwaltet habe, ſo erſcheint die erhobene Klage als begründet, indem der Beklagte als Mandatar des Großherzoglichen Fiscus nach L. R. S. 1993 verbunden war, dem Großherzoglichen Fiscus nicht nur über die von ihm geführte Verwaltung Rechnung abzulegen, ſondern demſelben auch die von ihm eingenommene Summe zu erſetzen, über deren Verausgabung er keine genügende Nachweiſung geben konnte.

Von dem Beklagten wurde jedoch dieſe Klage durch die als proceßhindernd vorgeſchützte zerſtörliche Einrede der durch die competenten Behörden entſchiedenen Sache und durch die Einrede der Verjährung beſtritten.

Da das Oberamt Heidelberg beide Einreden als proceßhindernd zuließ und deßwegen unter einſtweiliger Aus-

Digitized by Google

ſetzung der Hauptſache die Verhandlung und Entſcheidung auf dieſe zwei Einreden beſchränkte, ſo kann auch jetzt dahier nur die Frage Gegenſtand der Entſcheidung ſein: ob dieſe Einreden begründet und erwieſen ſind, ob mithin der Großherzogliche Fiscus dadurch als beſchwert erſcheint, daß er von dem Oberamte Heidelberg auf den Grund der letztern Einrede, von dem Großherzoglichen Hofgerichte dagegen auf den Grund der erſtern Einrede mit der erhobenen Klage abgewieſen wurde.

Was

1) Die erſte Einrede, nämlich die Einrede der durch die competenten Behörden entſchiedenen Sache betrifft, ſo behauptet der Beklagte, daß ihm über die Rechnungen, in welchen die jetzt gegen ihn eingeklagten Poſten verausgabt ſind, von den hiezu competenten Staatsbehörden, nämlich von dem Großherzoglichen Finanz-Miniſterium, der Direction der Rechnungskammer und dem Großherzoglichen Main- und Tauberkreis-Directorium das Abſolutorium ertheilt worden ſei. Mit Recht wurde dieſe Einrede von dem Großherzoglichen Hofgerichte für begründet erachtet, denn das dem Rechner von dem Rechnungsherrn ertheilte Abſolutorium enthält nicht nur das Anerkenntniß der Richtigkeit der Rechnung, ſondern auch den Ausſpruch, daß der Rechner von der fernern Verantwortlichkeit für die Rechnung und für die von ihm eingenommenen und ausgegebenen Summen befreit werde. So wenig der Mandatar, wenn er ſeinem Mandanten über ſeine Geſchäftsführung Rechnung abgelegt hat und dieſe von dem letztern angenommen und als richtig anerkannt worden iſt, wegen einzelner in der Rechnung verausgabter Poſten nochmals in Anſpruch genommen werden kann, — ausgenommen im Falle eines entſchuldbaren Irrthums oder eines Betrugs, wenn z. B. Urkunden, mit welchen er einzelne Ausgabsposten belegt hatte, ſpäter als falſch erkannt wurden — eben ſo wenig kann ein Staatsrechner wegen einzelner in ſeiner Rechnung in Ausgabe gebrachten Poſten in Anſpruch genommen werden, wenn dieſe Rechnungen von den hiezu competenten Staatsbehörden geprüft und durch Ertheilung des Abſolutoriums juſtificirt worden waren, indem das in dem Abſolutorium enthaltene Anerkenntniß der Richtigkeit der Rechnung ſich auf alle in der Rechnung aufgeführten Einnahms- und Ausgabsposten erſtreckt. Zum Beweiſe dieſer Einrede bezog ſich der Beklagte auf mehrere ihm von der Direction der Rechnungs-Oberreviſion, dem Großherzoglichen Finanz-Miniſterium und dem Großherzoglichen Directorium des Main- und Tauberkreiſes ertheilte Abſolutorien, welche er mit der Vernehmlaſſung auf die erhobene Klage in Abſchrift vorlegte. Der Großherzogliche Fiscus erkannte zwar die drei Erlaſſe des Großherzoglichen Finanzminiſteriums vom 3. Auguſt 1813 Nr. 4344, vom 27. Oct. 1814 Nr. 10128 und vom 3. Juni 1815 Nr. 7687, durch welche dem Beklagten das Abſolutorium über die Rechnungen von den Jahren 1812, 1813, 1814 ertheilt wurde, ſodann den Erlaß des Großherzoglichen Main- und Tauberkreis-Directoriums vom 28. Juni 1820 Nr. 7313, 7314, durch welchen dem Beklagten das Abſolutorium über die Rechnung für das Jahr 1818 — 19 ertheilt worden ſein ſoll, als ächt an, er behauptet aber, daß weder die Direction der Rechnungs-Oberreviſion noch das Großherzogliche Finanz-Miniſterium, noch das Großherzogliche Main- und Tauberkreis-Directorium befugt geweſen ſei, den Beklagten von den ihm als Rechner obliegenden Verbindlichkeiten zu befreien. Dieſe Behauptung iſt jedoch nur in ſo weit begründet, als ſie ſich auf die Direction der Oberreviſion bezieht: denn nach dem Organiſationsedict vom Jahre 1809 Beilage f. Nr. 28 hatte die damals beſtandene Rechnungskammer, an deren Stelle ſpäter die Oberreviſion getreten iſt, die Rechnungen nur zu prüfen und abzuhören, ſie war aber nicht befugt, dem Rechner das Abſolutorium zu ertheilen, indem ſie ihre deßfallſigen Anträge, Gutachten, Notatenentwürfe und die Receßerörterungen dem betreffenden Miniſterium zur Entſchließung vorlegen mußte. Die von dem Beklagten vorgeſchützte Einrede iſt daher in ſo weit unbegründet, als ſie auf die Behauptung geſtützt iſt, daß ihm von der Direction der Rechnungs-Oberreviſion über die Rechnungen für das Jahr 1811—12 vom 9. Sept. 1812 das Abſolutorium ertheilt worden ſei: ſie iſt aber auch von keiner Erheblichkeit, weil in dieſer Rechnung keiner der Poſten verausgabt iſt, deren Erſatz jetzt von dem Beklagten begehrt wird.

(Schluß folgt).

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. № 49. Karlsruhe den 5. Dezember 1846.

I.

1) Innerhalb welcher Zeit verjährt das Klagrecht des Großherzoglichen Fiscus gegen den Rechner wegen Erſatz verausgabter Gelder?

2) Welche Wirkungen haben Rechnungs-Abſolutorien?

(Schluß.)

Dagegen war, wie dieß auch von dem Großherzoglichen Fiscus unter Bezug auf das Organiſationsedict vom Jahre 1809, Beilage f. Nr. 27 ſelbſt zugegeben iſt, das Großherzogliche Finanz-Miniſterium dasjenige Miniſterium, welches über die von dem Beklagten geſtellten und von der Rechnungskammer geprüften Rechnungen den Rechnungsbeſcheid zu ertheilen hatte, mithin dem Beklagten, wenn deſſen Rechnungen richtig befunden wurden, durch Ertheilung des Abſolutoriums von der ferneren Verantwortlichkeit für die von ihm eingenommenen und verrechneten Staatsgelder entbinden konnte.

Durch die drei von dem Beklagten vorgelegten und von dem Großherzoglichen Fiscus anerkannten Erlaſſe des Großherzoglichen Finanz-Miniſteriums vom 31. Auguſt 1813, vom 27. October 1814 und vom 3. Juni 1815 iſt aber vollſtändig erwieſen, daß dem Beklagten über die Rechnungen für die Jahre 1812, 1813 und 1814 von dem Großherzoglichen Finanz-Miniſterium das Abſolutorium ertheilt wurde, weßhalb die von demſelben vorgeſchützte Einrede nicht nur begründet, ſondern auch ſchon jetzt in ſo weit erwieſen iſt, als ſie ſich auf die in dieſen Rechnungen verausgabten und von dem Großherzoglichen Finanz-Miniſterium durch Ertheilung des Abſolutoriums anerkannten und genehmigten Poſten bezieht. Dahin gehören folgende Poſten:

a. der erſte Klagpoſten im Betrage von 134 fl. 26 kr. und 40 fl., verausgabt in der Rechnung für das Jahr 1812—13;
b. der zweite Klagpoſten im Betrage von 600 fl., verausgabt in der Rechnung für das Jahr 1813—14;
c. der dritte Klagpoſten im Betrage von 2550 fl., verausgabt in der Rechnung für das Jahr 1813—1814;
d. der vierte Klagpoſten im Betrage von 1013 fl. 28 kr., verausgabt in der Rechnung für das Jahr 1812—13;
e. der ſiebente Klagpoſten im Betrage von 22 fl. 32 kr., verausgabt in der Rechnung für das Jahr 1813—1814;
f. der achte Klagpoſten im Betrage von 231 fl., jedoch nur in ſo weit, als dieſe zur Ungebühr bezahlten Zinſen in der Rechnung 1812—13 in Ausgabe geſetzt ſind.

Wenn auch bei der ſpäter wiederholt vorgenommenen Reviſion dieſer Rechnungen dieſe Ausgabsposten als nicht gehörig belegt beanſtandet und deßhalb durch ein Erkenntniß der Großherzoglichen Regierung des Unterrheinkreiſes vom 13. Mai 1840 Nr. 4793 dem Beklagten zum Erſatze zugewieſen wurden, ſo würde doch deſſen Erſatzverbindlichkeit nur dann begründet ſein, wenn er durch einen geſpielten Betrug, z. B. durch falſche Rechnungsbelege die Reviſionsbehörde, welche dieſe Rechnungen früher revidirt hatte, und das Großherzogliche Finanz-Miniſterium getäuſcht und hiedurch das letztere veranlaßt hätte, dieſen Poſten anzuerkennen und ihn durch Erthei-

Digitized by Google

lung des Abſolutoriums von der ferneren Haftbarkeit für dieſe Poſten zu befreien.

Von dem Großherzoglichen Fiſcus wird zwar behauptet, daß dieſe Abſolutorien auf einem Irrthum der Reviſionsbehörde und dolus des Beklagten beruhten, indeſſen iſt dieſe Behauptung thatſächlich nicht näher begründet, indem aus der Klagſchrift, auf welche ſich der Großherzogliche Fiſcus bezieht, zwar hervorgeht, daß ſich der vormalige Finanzrath **Roth** dieſe Gelder zum Theile zugeeignet zu haben ſcheint, nicht aber auch, daß ſich der Beklagte der Theilnahme an dieſer betrügeriſchen Handlung ſchuldig gemacht habe. Hiernach erſcheint daher die vom Großherzoglichen Fiſcus erhobene Beſchwerde in ſo weit nicht als begründet, als ſie ſich auf die oben unter a. bis f. aufgeführten, in den Rechnungen für die Jahre 1812, 1813, 1814 verausgabten Poſten bezieht.

Ueber die Rechnungen für die Jahre 1808—1811 und die Jahre 1816—17 und 1817—18 wurden von dem Beklagten keine Abſolutorien vorgelegt: er behauptet aber

a. daß die Genehmigung einer ſpätern Rechnung auch die Genehmigung aller frühern Rechnungen in ſich ſchließe, weil jede ſpätere Rechnung auf die frühere gebaut ſei und ſowohl den Activ- als Paſſivreceß des Rechners enthalten müſſe. Dieſe Behauptung iſt jedoch nicht begründet. Denn wenn auch die Genehmigung der ſpätern Rechnung, in welche ein Activ- oder Paſſivreceß des Rechners übertragen war, die Vermuthung begründet, daß auch die frühere Rechnung geprüft und genehmigt würde: ſo iſt dieſes doch keine geſetzliche, ſondern nur eine richterliche Vermuthung, welche den Rechner von dem Beweiſe der wirklich erfolgten Genehmigung der frühern Rechnung nicht befreien kann.

Von dem Beklagten wird aber

b. weiter behauptet, daß die ihm ertheilten Abſolutorien den im Beſitze des Großherzoglichen Fiſcus befindlichen Rechnungen beigeheftet ſeien, weßhalb er bat, letztere zu deren Herausgabe anzuhalten.

Von dem Großherzoglichen Fiſcus wurde jedoch der Beſitz dieſer Abſolutorien widerſprochen, wobei ſich der Beklagte beruhigte, ohne einen andern Antrag zu ſtellen, weßhalb auch dem Begehren, den Großherzoglichen Fiſcus zu deren Herausgabe anzuhalten, keine weitere Folge gegeben werden kann.

In Bezug auf den fünften und ſechsten Klagpoſten und die unter dem achten Klagpoſten begriffenen — in den Rechnungen vom Jahre 1808 bis zum Jahre 1810 verausgabten — Zinſen iſt daher die als proceßhindernd vorgeſchützte Einrede der Rechnungsgenehmigung nicht begründet.

Was

2) die von dem Beklagten als proceßhindernd vorgeſchützte Einrede der Verjährung betrifft, ſo ſind nach L. R. S. 2262 alle perſönlichen Klagen der 30jährigen Verjährung unterworfen, in ſo fern nicht durch beſondere Geſetze für einzelne Klagen eine kürzere Verjährungszeit beſtimmt iſt. Eine ſolche kürzere Verjährungszeit iſt zwar nach L. R. S. 475 für die aus der vormundſchaftlichen Verwaltung herrührenden Forderungen des Mündels an ſeinen Vormund feſtgeſetzt: indeſſen iſt die Verjährung ein ſinguläres Rechtsinſtitut, welches als ſolches keine ausdehnende Erklärung zuläßt, weßhalb auch der L. R. S. 475 auf die Forderungen des Staats an die Staatsrechner nicht ausgedehnt werden darf. Da für dieſe Forderungen keine kürzere Verjährnngszeit feſtgeſetzt iſt, ſo ſind ſie auch der gewöhnlichen 30jährigen Verjährung unterworfen, weßhalb die von dem Beklagten vorgeſchützte Einrede der Verjährung, in ſo weit ſie ſich auf den fünften und ſechsten — in der Rechnung vom Jahre 1816—17 verausgabten — Klagpoſten bezieht, jedenfalls unbegründet iſt, weil zur Zeit, als die vorliegende Klage anhängig gemacht wurde, die 30jährige Verjährnng noch nicht umlaufen war.

Begründet dagegen iſt dieſe Einrede hinſichtlich der unter dem achten Klagpoſten begriffenen — in den Rechnungen für die Jahre 1808 bis 1810 in Ausgabe erſcheinenden — Zinſen, indem in Bezug auf dieſe Zinſen zur Zeit, als die Klage anhängig wurde, die 30jährige Verjährung bereits umlaufen war und dieſe Verjährung auch dadurch nicht unterbrochen werden konnte, daß dieſe Rechnungen ſpäter einer nochmaligen Reviſion unterworfen wurden.

Aus dieſen Gründen und nach Anſicht der §§. 300 u. 301 der Proceßordnung wurde das hofgerichtliche Erkenntniß theilweiſe beſtätigt, theilweiſe aber abgeändert und der Großherzogliche Fiſcus in Gemäßheit des §. 170

Digitized by Google

der Proceßordnung zur Tragung von $^5/_6$, der Beklagte aber zur Tragung von $^1/_6$ ſämmtlicher durch die Verhandlung über die vorgeſchützten proceßhindernden Einreden verurſachten Koſten verurtheilt.

Dr. Uihlein.

II.

Wie lang ſind Nachträge zu — rechtzeitig eingereichten — Appellationsbeſchwerdeſchriften zuläſſig?

(Hofgericht des Unterrheinkreiſes II. Civ. Senat).

In einem Rechtsſtreite über Entſchädigung für eine unrechte That hatte Kläger in erſter Inſtanz den Haupteid dem Beklagten dahin zugeſchoben, es ſei nicht wahr, daß er jene Handlung begangen habe.

Gegen das unterrichterliche Erkenntniß appellirte Kläger rechtzeitig und ließ auch die Beſchwerdeſchrift rechtzeitig einreichen; deren Mittheilung an den Appellaten wurde jedoch dadurch verzögert, daß vorerſt eine Vorverfügung an den appellantiſchen Anwalt zum Zweck der Berichtigung ſeiner Legitimation zum Proceſſe erging.

Während dem reichte der appellantiſche Anwalt, nach Ablauf der Rechtfertigungsfriſt, einen Nachtrag zur Beſchwerdeſchrift ein, worin er Zeugenbeweis darüber antrat, daß Beklagter die unrechte That verübt habe.

Es fragte ſich nun: Iſt dieſer nachgeſchobene Beweis noch zuläſſig?

Hierfür wurde geltend gemacht:

1) Da die Appellation rechtzeitig angezeigt worden und ein Verfallenerkenntniß noch nicht erfolgt geweſen ſei, ſo hätte Appellant die Beſchwerdeſchrift überhaupt immer noch einreichen dürfen;

§. 1199—1203 der Proceßordnung, Archiv T. III. p. 82. Note 57.

es müſſe ihm alſo auch geſtattet werden, einen Theil derſelben noch einzureichen.

vergleiche Archiv für die badiſche Rechtspflege T. IV. p. 463. §. 2.

2) Nach der Rechtsähnlichkeit des §. 345. der Proceßordnung müſſe — wie bei der Klage — ſo auch bei der Appellationsbeſchwerde ein Nachtrag immer noch ſo lang zuläſſig ſein, als dieſe dem Appellaten noch nicht einmal mitgetheilt worden ſei.

Dagegen wurde aber ausgeführt.

1) Derjenige, welcher eine von ihm vorzunehmende Proceßhandlung völlig unterlaſſe, ſetze ſeinen Gegner in die Möglichkeit, ihn durch Erwirkung eines Verſäumungserkenntniſſes dahin zu bringen, daß der Säumige ſpäteſtens in der Wiederherſtellungsfriſt noch die Handlung vornehmen könne.

§. 655, 658. der Proceßordnung.

Derjenige aber der eine ihm obliegende Proceßhandlung formell vornehme, beraube dadurch ſeinen Gegner der Möglichkeit, einen Ausſchluß des Handelnden mit etwa Verſäumten zu erwirken; man müßte ihm alſo Nachträge unbedingt geſtatten, wenigſtens ſo lange eine Vernehmlaſſung des Gegners noch nicht erfolgt ſei, welche bei vielen, ja den meiſten Appellationen nicht einmal nöthig werde;

§. 1215. der Proceßordnung.

in welchen Fällen dann Nachträge noch in der Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung zugelaſſen werden müßten.

Dieſe Befugniß, wenn ſie beſtünde, würde aber vielfache Störungen und Unordnungen herbeiführen, eine geordnete Proceßleitung unmöglich machen, Gelegenheit zu Chicanen und Verzögerungen bieten, Nachläßigkeit in Bearbeitung der Beſchwerdeſchriften fördern und die Abſicht des Geſetzes, daß die Beſchwerdegründe nebſt neuen Thatſachen und Beweiſen in der hierzu beſtimmten Friſt vorgetragen werden, geradezu untergraben.

Wenn nun auch der Geſetzgeber in dem Titel über das Rechtsmittel der Appellation unterlaſſen habe, derartige Nachträge nach Ablauf der Nothfriſt ausdrücklich zu unterſagen, ſo könne ſein beſtimmter Wille, dieſelben nach Ablauf der Friſt nicht mehr zuzulaſſen doch mit völliger Klarheit aus andern ganz ähnlichen Beſtimmungen entnommen werden.

So ſeien a. nach §. 348 der Proceßordnung Neuerungen enthaltende Nachträge zu Einreden, Repliken und Dupliken nicht mehr zuzulaſſen, ſobald die für den Vortrag dieſer Proceßhandlungen anberaumte Friſt abgelaufen ſei;

b) in §. 409 die Vorſchläge neuer Beweismittel nach Ablauf der Beweisfriſt unterſagt.

Wenn nun aber eine ſolche Strenge bei richterlichen Friſten für nöthig erachtet worden ſei, ſo müſſe man ſie noch mehr bei Nothfriſten einhalten; wenn alſo eine Partei durch unvollſtändige Vornahme gewöhnlicher Proceßhandlungen (d. h. dadurch daß ſie bei deren Vornahme

Digitized by Google

mancherlei, was ihr dienlich geweſen wäre, nicht geltend machte) nach der Natur des Proceßganges, obſchon ein Verſäumungserkenntniß nicht ergehen könne, Schaden leide,

Annal. V. Nr. 3. p. 19. Redactionsnote,

ſo müſſe dieſer um ſo gewiſſer eintreten bei Nichtbenützung der zum Nachtrag von Neuheiten bewilligten geſetzlichen Friſten. (§. 1170. 3. 4. der Proceßordnung).

Eine Ausnahme von dieſer Regel ſei in dem zweiten Abſatze des §. 1219 der Proceßordnung nicht einmal zu Gunſten des Appellaten gemacht, welchem allein dort das Recht eingeräumt ſei, noch in der zur mündlichen Verhandlung beſtimmten Sitzung, neue Einreden oder Beweismittel oder eigene Beſchwerden nachzubringen; denn ſelbſt in dieſen Paragraphen werde vorausgeſetzt, daß ein Verſäumungserkenntniß ergangen alſo überhaupt unterlaſſen worden ſei, die Vernehmlaſſung einzureichen; während wenn zwar die Vernehmlaſſung beigebracht aber neue Thatſachen und Beweismittel darin vorzutragen unterlaſſen worden ſei, deren Nachſchiebung bei der mündlichen Verhandlung nicht mehr ſtattfinde.

ſ. Beck über Mündlichkeit und Schriftlichkeit im Archiv T. III. p. 84. Note 61.

2) Der §. 345 der Proceßordnung laſſe ſich auf Proceßhandlungen, zu deren Vornahme Friſten richterlich oder geſetzlich angeordnet ſeien, nicht anwenden, da es Regel ſei, daß Klagen zu jeder, dem Kläger beliebigen, Zeit erhoben werden dürfen, mithin auch für Nachträge zu erhobenen Klagen — an und für ſich keine Friſten laufen und ablaufen.

Auf den Grund dieſer Erörterungen vereinigte man ſich zu der Anſicht, daß Neuheiten enthaltende Nachträge zu rechtzeitig eingereichten Appellationsbeſchwerdeſchriften nur noch im Laufe der Nothfriſt des §. 1195, 1196. der Proceßordnung zuläſſig ſeien; daß alſo derartigen Nachträgen, welche nach Ablauf der Nothfriſt einkommen, nur im Wege der Wiederherſtellung Eingang verſchafft werden könne;

§. 672 a. der P. O. (Art. 5. der Proceßnovelle) vergl. §. 409, 462, 470, 594, 596 b. Proceßordnung. Bekk, Redactions-Note p. 19 der Annalen vom Jahr 1837.

während ſolche Nachträge, welche bloß Erläuterungen oder Ergänzungen des Inhalts der Appellationsbeſchwerdeſchrift enthalten, nach der Rechtsähnlichkeit des §. 344, 349. b. Proceßordnung an die Nothfriſt nicht gebunden ſeien. Man vergl. auch

Dr. Zentner, Erläuterungen über die Rechtsmittel der badiſchen Proceßordnung S. 49—51. Jahrbücher, N. F. I. 20. Blätter für Juſtiz ꝛc. I. 109 —113.

Stempf.

III.

1) Enthält das mehreren Perſonen gegebene Vermächtniß der ſucceſſiven Nutznießung an Liegenſchaften und Fahrniſſen, mit der Befugniß, im Nothfalle die Subſtanz der vermachten Gegenſtände anzugreifen, eine verbotene Aftererbeinſetzung? L. R. S. 896.

2) Wann erwirbt der Stückvermächtnißnehmer das Eigenthum an der legirten Sache? L. R. S. 1014.

3) Vermächtniß einer fremden Sache. L. R. S. 1021.

Die Anna Maria und Maria Anna Vogel von Tauberbiſchofsheim haben in einer gegen die Maria Anna Staudt von da erhobenen Klage Folgendes vorgetragen:

Küfermeiſter Jakob Vogel von Tauberbiſchofsheim war mit Maria Anna Gunkel verheirathet. Aus dieſer Ehe gingen folgende Kinder hervor:

1) Georg Franz Vogel,
2) Eliſabetha Vogel,
3) Adam Vogel,
4) Anna Juſtina Vogel, verehelicht an Magnus Andreas Staudt in Tauberbiſchofsheim, in welcher Ehe zwei Kinder Namens Franz Martin und Maria Anna Staudt gezeugt wurden,
5) Franz Joſeph Vogel, welcher in erſter Ehe mit Franziska Ott und in zweiter Ehe mit Magdalena Baunach lebte. Aus der erſten Ehe ging eine Tochter Namens Anna Maria und aus der zweiten eine Namens Maria Anna hervor.

Von dieſen Nachkommen der Jakob Vogel'ſchen Eheleute ſtarben:

a. Georg Franz Vogel im Jahre 1813,

Digitized by Google

b. Eliſabetha Vogel im Jahre 1820,
c. Adam Vogel im Jahre 1822,
d. Anna Juſtina Vogel, verehelichte Staudt, im Jahre 1834,
e. Franz Joſeph Vogel im Jahre 1835,
f. Maria Anna Vogel im Jahre 1841,
g. Franz Martin Staudt im Jahre 1829.

Hienach ſind von der ganzen Sippe nur noch zwei Aeſte, nämlich die Tochter der Anna Juſtina Vogel, verehelicht geweſenen Magnus Staudt, Namens Maria Anna Staudt, die Beklagte und die beiden Töchter des Franz Joſeph Vogel, Namens Anna Maria und Maria Anna Vogel, die beiden Klägerinnen, am Leben. Die ledigen Georg Franz, Eliſabetha, Adam und Maria Anna Vogel führten ſeit dem 3. Januar 1800 eine gemeinſchaftliche Haushaltung und lebten in einer unabgetheilten Gemeinſchaft ihres Vermögens.

Georg Franz, Eliſabetha und Adam Vogel hinterließen öffentliche letzte Willen, der erſtere und die letztere vom 26. März 1813 und Eliſabetha Vogel einen vom 27. März 1813 folgenden Inhalts:

„Erſtlich vermache ich dem Sohn meiner an Magnus Anton Staudt dahier verheiratheten Schweſter meinen Antheil am Haus und der Scheuer; zweitens vermach' ich meinen ledigen Geſchwiſtern die Nutznießungen von meiner ganzen Verlaſſenſchaft, ſonders deßwegen, weil wir in Gütergemeinſchaft mit einander lebten."

„Ich will anbei, daß bei meiner Verlaſſenſchaft das Zuwachsrecht hinſichtlich der Nutznießung, die lebenslänglich dauern ſoll, platzgreife;"

„Drittens will ich, daß meine ledigen Geſchwiſter nicht ſollen verbunden ſein, ein Verzeichniß der nutznießlichen Stücke zu fertigen, auch ſollen ſie nicht gehalten ſein Caution zu leiſten."

„Viertens vermach' ich dem obgedachten Sohn meiner Schweſter annoch all' mein Handwerkszeug."

„Fünftens will ich, daß meine nutznießende ledige Geſchwiſter auf den Nothfall befugt ſeien, in die Subſtanz meiner Verlaſſenſchaft einzugreifen und davon zu leben."

„Sechſtens verordne ich, daß im Falle bei Ableben des letztlebenden von meinen nutznießenden Geſchwiſtern von meiner Verlaſſenſchaft noch was, wie ich hoffe, übrig iſt, dies ſolle den itzig und etwa weiteren Kindern meiner verheiratheten Geſchwiſter in gleiche Theile zufallen."

„Siebentens will ich ausdrücklich, daß dasjenige von meinen ledigen wie verheiratheten Geſchwiſtern oder deren Kinder, welche wider dieſe meine Dispoſition Klage erheben oder ſich nur alſo äußern, von meiner Verlaſſenſchaft ausgeſchloſſen ſein ſollen."

Das Teſtament des Georg Franz Vogel iſt am 14. Juni 1813 den Betheiligten eröffnet worden und dieſelben zeigten ſich mit dem Inhalte des letzten Willens zufrieden. Laut der vorgenommenen Inventur beſtanden die den vier ledigen Geſchwiſtern zugehörigen Fahrniſſe und Activa in einer Anſchlagsſumme von 509 fl. 24 kr. Ferner waren eine Behauſung, eine Scheune und 33 Grundſtücke im Geſammtwerthe von 2752 fl. vorhanden. Das Geſammtvermögen belief ſich hiernach auf eine Summe von 3261 fl.

Die Teſtamente der Eliſabetha und des Adam Vogel wurden von den Betheiligten ebenfalls anerkannt. Nach der unterm 20. November 1823 vorgenommenen Inventur wurden die Liegenſchaften der in Gemeinſchaft lebenden Geſchwiſter zu 3839 fl. und die Fahrniſſe und Activa zu 1059 fl. 22 kr. berechnet.

Die im Jahre 1841 geſtorbene Anna Maria Vogel hinterließ ein Teſtament vom 22. März 1841 folgenden Inhalts ſo weit er hieher Bezug hat:

„1) Jeder früher errichtete letzte Willen iſt hiermit aufgehoben."

„2) Der Maria Anna Vogel und Anna Maria Vogel von hier vermache ich einen Morgen Acker im Steinberg neben Hermann Rudolph ꝛc. (hier folgt eine Anzahl Grundſtücke, deren Beſchreibung hier nicht nothwendig iſt)."

„3) Alles übrige Vermögen, wie ich es beſitze, Liegenſchaften Fahrniſſe und Activa erhält die ledige Maria Anna Staudt von hier, und zwar abzüglich ihrer wohlverdienten, bis heute 20jährigen Dienſten."

„4) Wer gegen dieſe Verfügung Streit anfängt, erhält ſtatt ſeines Vermächtniſſes 5 fl."

Die genannte Anna Maria Vogel hinterließ ein dreiſtöckiges Wohnhaus mit Scheune und 31 Grundſtücke im Anſchlage von 7521 fl., ferner eine Anzahl Fahrniſſe

Digitized by Google

zu 1005 fl. 2 kr. und 18 fl. Activa, ſo daß ſich das reine Vermögen nach Abzug der Schulden auf den Anſchlagswerth von 7851 fl. 56 kr. belief.

Das Großherzogliche Amtsreviſorat nahm die Theilung in der Art vor, daß daſſelbe das Vermächtniß der Anna Maria und Maria Anna Vogel im Werth zu 900 fl. annahm, und denſelben als Erbantheil von Georg Franz Vogel, Eliſabetha und Adam Vogel, zuſammen 828 fl. $42^{11}/_{20}$ kr. zuwies, während es die gleiche Summe der Maria Anna Staudt als Erbantheil an den Genannten, ſodann als ihr eigenes Legat und jenes ihres im Jahre 1829 verſtorbenen Bruders, Franz Martin Staudt, im Anſchlag zu 902 fl. 32 kr. zuſchrieb, ſo daß dieſe nach Abzug der der Anna Maria und Maria Anna Vogel zugeſchiedenen 1731 fl. $21^{11}/_{20}$ kr. den ganzen Nachlaß an ſich ziehen würde, in deſſen Beſitz ſie ſich bereits geſetzt hat.

Die Klägerinnen behaupten, daß das von der Anna Maria Vogel zurückgelaſſene Vermögen daſſelbe ſei, in deſſen Beſitz ſich Georg Franz, Eliſabetha und Adam Vogel befunden haben. Die auf den Tod der Anna Maria Vogel vorgenommene Theilung iſt von den Klägerinnen nicht anerkannt worden, weßhalb dieſelben Klage erhoben haben, mittelſt welcher die Umſtoßung des letzten Willens vom 23. März 1841 und folgeweiſe die Berichtigung der Theilung in der Art, daß die eine Hälfte des Nachlaſſes den beiden Klägerinnen, die andere dagegen der Beklagten zuzutheilen ſei, begehrt wird, weil die Erblaſſerin über Gegenſtände verfügt hat, worüber ſie eine Beſtimmung zu treffen nicht befugt war, indem ſie an dem vorhandenen Vermögen *nur Nutznießungsrechte* hatte.

Von Seiten der Beklagten wurde in der Vernehmlaſſung widerſprochen, daß die in der Verlaſſenſchaft der M. A. Vogel befindlichen Fahrniſſe dieſelben ſeien, welche die vorverſtorbenen drei Geſchwiſter im Beſitze gehabt haben, alle andere Thatſachen aber zugeſtanden. Insbeſondere ließ ſich die Beklagte auf die klägeriſche Behauptung, daß die von der M. A. Vogel hinterlaſſenen Liegenſchaften identiſch ſeien mit denjenigen, welche die verſtorbenen drei Geſchwiſter beſeſſen haben, folgendermaßen vernehmen:

a. S. 110 der Acten:

„Allerdings ſind die in der Beilage zur Klage beſchriebenen Liegenſchaften dieſelben, welche bereits in der Klage beſchrieben ſind und in der Inventur nach dem Tode des Georg Franz Vogel im Jahre 1813 aufgezeichnet wurden, und mag es ſein, daß ſich in einem Zeitraume von 21 Jahren die Nebenlieger geändert haben.“

b. Seite 116:

— — „wenn auch weiter nicht in Abrede geſtellt werden kann, daß Maria Anna Vogel die letzten Willen des Georg Franz Vogel, der Eliſabetha und des Adam Vogel anerkannte, und ſich in Folge dieſer Anerkennung in Beſitz und Gewähr des Nachlaſſes ihrer Geſchwiſter geſetzt hat, ſo muß ich doch widerſprechen, daß dieſer Nachlaß in denjenigen Liegenſchaften beſtanden, welche in der Klage aufgeführt wurden und welche in der Anlage derſelben sub Ziffer 2 beſtunden. Worin der Nachlaß des Georg Franz, der Eliſabetha und des Adam Vogel beſtund werde ich unten zeigen.“

Von der Beklagten iſt ferner der Klage die Einrede der *Zuvielforderung* entgegengeſetzt worden, zu deren Begründung Folgendes angeführt wurde.

Es ergiebt ſich ſchon aus den zur Begründung der Klage vorgetragenen Thatſachen, daß die Anna Maria Vogel und ihre drei Geſchwiſter Georg Franz, Adam und Eliſabetha in einer Gütergemeinſchaft lebten, ſo daß alſo jedes den 4. Theil des vorhandenen Vermögens eigenthümlich anzuſprechen hatte. Die Anna Maria Vogel war daher jedenfalls unbeſchränkte Eigenthümerin des 4. Theils des ſämmtlich vorhandenen Vermögens und konnte frei über daſſelbe durch letzten Willen verfügen, ohne daß die Klägerinnen, welche nur Rechte an dem Nachlaß der drei andern Geſchwiſter Georg Franz, Adam und Eliſabetha Vogel anſprechen könnten und in der Klage anſprechen gegen dieſe Diſpoſition über den 4. Theil des geſammten Vermögens ein Recht zur Einſprache mit Klagerhebung hätten, nur an die übrigen $^{3}/_{4}$ des geſammten Nachlaſſes können die Klägerinnen nach den drei letzten Willen des Georg Franz, Adam und Eliſabetha Vogel einen Anſpruch und zwar auf die Hälfte machen. Es ſtände ſomit den Klägerinnen höchſtens ein Klagrecht auf $^{3}/_{8}$ des von Anna Maria Vogel hinterlaſſenen Vermögens, keineswegs auf die Hälfte, welche angeſprochen werden will, zu.

Digitized by Google

An dieſem Nachlaſſe müſſen noch weitere Abzüge gemacht werden:

a. das vorhandene Haus und die Scheuer im Anſchlag von 1800 fl.

In den drei letzten Willen des Georg Franz, Adam und der Eliſabetha Vogel vom 26. und 27. März 1813 iſt, wie bereits in der Klage angegeben worden, beſtimmt, daß jedes derſelben ſeinen Antheil am Haus und an der Scheuer dem Sohne der an Magnus Anton Staudt dahier verheiratheten Schweſter, Namens Franz Anton Staudt, vermache; es iſt ferner in der Klage bereits angeführt, daß Georg Franz Vogel im Jahre 1813, Eliſabetha Vogel im Jahre 1820 und Adam Vogel im Jahre 1822 mit Tod abgingen, ſo wie, daß Franz Martin Staudt im Jahre 1829 ſtarb. Aus dem in der Klage enthaltenen Stammbaum iſt ferner erſichtlich, daß die Eltern des Franz Martin Staudt längſt geſtorben ſind und daß dieſelben außer der Beklagten kein weiteres Kind hinterlaſſen haben.

Franz Martin Staudt ging im ledigen Stande und ohne Hinterlaſſung eines letzten Willens im Jahre 1829 mit Tod ab. Die Beklagte iſt deßhalb die alleinige und geſetzliche Erbin ihres Bruders Franz Martin Staudt und tritt als ſolche die Erbſchaft an. Jede Erbſchaft wird nach L. R. S. 718 durch den natürlichen Tod desjenigen eröffnet, der die Erbſchaft hinterläßt. Wenn Drittere, wie es hier der Fall iſt, Nutznießungsanſprüche an einzelne Erbſchaftsſtücke zu machen haben, ſo wird dadurch die Eröffnung der Erbſchaft nicht gehindert, ſondern das Eigenthum tritt kraft Geſetzes vermöge L. R. S. 724 und 1014 an den Erben über und die Nutznießung lebt nur als Laſt der Erbſchaft fort.

Das vorhandene Haus und Scheuer war ein gemeinſchaftliches Eigenthum der vier Geſchwiſter Georg Franz, Adam, Eliſabetha und Anna Maria Vogel, und es hatte deßhalb die letztere 1/4 an Haus und Scheuer anzuſprechen, und da dieſelbe der Beklagten ihr ſämmtliches hinterlaſſenes Vermögen durch das Teſtament vom 22. März 1841 inhaltlich der Klage vermacht hat, ſo gebührt der Beklagten als Erbin der Maria Anna Vogel vorweg ſchon 1/4 des vorhandenen Hauſes und der Scheuer.

Nach dem Vorangeſchickten hat Franz Martin Staudt den Georg Franz, Adam und Eliſabetha Vogel überlebt, indem er erſt im Jahre 1829 mit Tode abgegangen iſt; derſelbe hat deßhalb das ihm von demſelben in dem letzten Willen zugedachte Haus und Scheuer beziehungsweiſe den Antheil eines jeden derſelben an ſolchen ererbt, und die Beklagte, welche wiederum Erbin des Franz Martin Staudt geworden iſt, hat daher an dem Viertel der Anna Maria Vogel auch die weitern 3/4 als Erbin ihres Bruders Franz Martin Staudt anzuſprechen, ſo daß das ganze Haus nicht zu jenem Nachlaſſe des Georg Franz, Adam und der Eliſabetha Vogel gezogen werden kann, woran die Klägerinnen noch einen hälftigen Anſpruch zu machen hätten.

Nach gepflogenen Verhandlungen wurde durch amtliches Urtheil vom 13. December 1843 zu Recht erkannt:

1) Es ſei die Klage, ſoweit darin die Nichtigkeitserklärung des Teſtaments der Maria Anna Vogel verlangt wird, abzuweiſen.

2) Die Beklagte habe einen Eid dahin zu ſchwören: Es iſt nicht wahr, daß diejenigen Fahrnißſtücke, wie ſolche in der Klagebeilage III. verzeichnet ſind, und wie mir ſolche ſo eben vorgeleſen wurden, zu dem Nachlaſſe des im Jahre 1813 verſtorbenen Georg Franz Vogel, der im Jahre 1820 verſtorbenen Eliſabetha und des im Jahre 1823 verſtorbenen Adam Vogel gehörten.

Schwört ſie dieſen Eid, ſo wird ſie für ſchuldig erkannt, den Nachlaß der Maria Anna Vogel ausſchließlich der in der Klagbeilage III. aufgeführten Fahrniſſe in der Art mit der Klägerin zu theilen, daß ihr daran die Hälfte, die andere Hälfte aber den Klägerinnen zufallen. In ſo weit in der Klage auch die Theilung der hinterlaſſenen Fahrniſſe verlangt wird, wird dieſelbe abgewieſen. In dieſem Falle haben die Klägerinnen 1/8, die Beklagten aber 7/8 der Koſten zu tragen.

Schwört die Beklagte jenen Eid aber nicht, ſo wird ſie für ſchuldig erkannt, den ganzen Nachlaß der Maria Anna Vogel in der Art mit den Klägerinnen zu theilen, daß ihr die Hälfte, die andere Hälfte aber den Klägerinnen zufalle. In dieſem Falle hat die Beklagte ſämmtliche Koſten zu tragen.

V. R. W.

Digitized by Google

Die Entſcheidung unter Nr. 1 ſtützt ſich darauf, daß die Maria Anna Vogel über 1/4 des fraglichen Vermögens gültig verfügt habe, und daß, obgleich ſie über 3/4 des Gemeinſchaftsvermögens ungültig eine Beſtimmung getroffen habe, eine Nichtigkeitserklärung des ganzen Teſtaments nicht gerechtfertigt ſei, weil das Landrecht ſolche allgemeine Nichtigkeitserklärungen nicht begünſtige und ſelbſt bei der Pflichttheilsverletzung nur eine Klage auf Ergänzung zulaſſe, L. R. S. 920, weil ferner auch das römiſche Recht in dem vorliegenden Falle die Umſtoßung des ganzen Teſtaments verwerfe.

L. 5. §. 1, 2. L. 8. L. 24. §. 2 de legatis I.

L. 10 de legat. II.

L. 30 §. 4 de legat. III.

Gegen dieſes Urtheil ergriff die Beklagte das Rechtsmittel der Appellation und das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreiſes erließ unterm 5. October 1844 einen Beſchluß, wonach den Klägerinnen aufgegeben wurde, binnen 4 Wochen die Thatſachen anzuführen, aus welchen hervorgeht, daß ihnen die erhobene Klage zuſteht, widrigenfalls ſie damit ausgeſchloſſen werden. Unterm 15. November 1845 wurde von dieſem Gerichtshofe, III. Civ. Sen., das Urtheil dahin gegeben:

„Es ſei das amtliche Urtheil vom 13. December 1843 unter Compenſation der Koſten dahin abzuändern:

Es ſeien die Klägerinnen mit der Klage, ſo weit darin die Theilung der Fahrniſſe und des Hauſes nebſt der Scheuer begehrt wird, abzuweiſen.

Dagegen ſei die Beklagte ſchuldig, drei Viertheile der in der Klagbeilage II. aufgeführten Liegenſchaften in der Art mit den Klägerinnen zu theilen, daß ihr hievon ein Drittheil, die brigen zwei Drittheile aber den Klägerinnen zufallen.

B. R. W.

Gründe zu dem allegirten hofgerichtlichen Beſchluſſe beziehungsweiſe Urtheil.

Die Klage ſtellt ſich theils als Erbzueignungsklage, theils als Erbtheilungsklage dar. Das erſte nämlich, in ſo fern die Klägerinnen als Teſtamentserben die Herausgabe des ihnen vermachten Antheils an den Verlaſſenſchaften des Georg Franz, der Eliſabetha und des Adam Vogel, von der Beklagten, als Beſitzerin dieſer Verlaſſenſchaften zu verlangen berechtigt, L. R. S. 1006, das zweite, in ſo ferne die Klägerinnen als geſetzliche Erben der Maria Anna Vogel nach Beſeitigung des von derſelben errichteten Teſtaments zu deren Erbſchaft gleich der Beklagten berufen ſind.

L. R. S. 750.

Die appellantiſche Behauptung, es ſei die Klage überhaupt weder als Erbzueignungsklage noch als Erbtheilungsklage begründet, läßt ſich daher und weil es nicht auf deren richtige Formulirung oder techniſche Bezeichnung, ſondern auf die darin behaupteten Thatſachen ankommt, im Allgemeinen nicht rechtfertigen, wie denn auch der Cumulation beider Klagen nichts im Wege ſteht.

§. 251 der Proceßordnung.

Uebrigens iſt die Klage, ſo weit ſie das Vermögen der Maria Anna Vogel betrifft, vom Unterrichter bereits abgewieſen worden, indem er die in der Klage anticipirte Replik der Teſtaments-Nichtigkeit verwarf und den Klägerinnen nur dasjenige zuerkannte, was er glaubte, daß ihnen von dem Nachlaſſe des Georg Franz, der Eliſabetha und des Adam Vogel gebühre.

Da von Seiten der Klägerinnen ein Rechtsmittel gegen dieſes Erkenntniß nicht eingelegt wurde, ſo handelt es ſich in dieſer Inſtanz nur noch um die nähere Prüfung der Klage in ihrer Eigenſchaft als Erbzueignungsklage.

Zu deren thatſächlicher Begründung gehörte unzweifelhaft die Bezeichnung der einzelnen Gegenſtände, aus welchen die betreffenden Verlaſſenſchaften beſtanden und die Behauptung, daß ſich dieſelben in jener der Maria Anna Vogel wieder vorgefunden haben. Denn wenn die von dieſer hinterlaſſenen Gegenſtände nicht dieſelben ſind, ſo kann auch ein Anſpruch auf deren gänzliche oder theilweiſe Herausgabe im Stück nicht erhoben werden, wenngleich die Thatſache, daß die Maria Anna Vogel beim Tod ihres Bruders Adam in den Beſitz und Genuß der von ihm und den beiden andern Geſchwiſtern zurückgelaſſenen Gegenſtände getreten war, ſie und reſp. ihre Rechtsnachfolgerin zu deren Herausgabe oder Entſchädigung verpflichtet haben kann.

(Schluß folgt.)

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. No 50. Karlsruhe den 12. Dezember 1846.

I.

1) Enthält das mehreren Perſonen gegebene Vermächtniß der ſucceſſiven Nutznießung an Liegenſchaften und Fahrniſſen, mit der Befugniß, im Nothfalle die Subſtanz der vermachten Gegenſtände anzugreifen, eine verbotene Aftererbeinſetzung? L. R. S. 896.

2) Wann erwirbt der Stückvermächtnißnehmer das Eigenthum an der legirten Sache? L. R. S. 1014.

3) Vermächtniß einer fremden Sache. L. R. S. 1021.

Hier iſt nun vor Allem ſo viel gewiß, daß es der Klage hinſichtlich der Fahrniſſe an dieſem Erforderniſſe gebricht. Denn wollte man auch annehmen, durch die Berufung auf die jeweils aufgenommenen Inventuren ſei deren Inhalt zur Klage gezogen oder es wäre die Klage durch dieſe Berufung nur nicht beſtimmt genug abgefaßt, ſo daß ihr durch eine Erläuterung aufgeholfen werden könnte, ſo fehlt es ihr doch an der weitern Behauptung, daß die von den drei erſt verſtorbenen ledigen Geſchwiſtern hinterlaſſenen Fahrniſſe beim Tode des zweiten und dritten und mit denen dieſes dritten auch beim Tode der Maria Anna Vogel noch im Stücke vorhanden waren. Es iſt überall nur geſagt, daß Fahrniſſe in einem dabei angegebenen Anſchlag inventariſirt worden ſeien, nirgends aber, namentlich nicht hinſichtlich der Klagebeilage Nr. II., daß unter den von der Maria Anna Vogel hinterlaſſenen Fahrniſſen diejenigen ſich wieder vorfänden, welche ſie auf Abſterben ihres Bruders Adam überkommen hatte.

Bei der in der Natur der Sache begründeten Wahrſcheinlichkeit, daß die im Jahr 1813 und resp. im Jahr 1822 vorhanden geweſenen Fahrniſſe, wenn nicht alle, doch zum größten Theile bis zu dem im Jahr 1841 erfolgten Tode der Maria Anna Vogel dem langjährigen Gebrauche unterlegen ſind, iſt es kaum glaublich, daß dieſes der Fall geweſen.

Die Beklagte erſcheint deßwegen durch das unterrichterliche Erkenntniß, welches die beantragte Fahrnißtheilung von der Ausſchwörung eines Eides abhängig macht, jedenfalls beſchwert.

Der gleiche Fall tritt ein mit dem Hauſe nebſt der Scheuer, welches dem Franz Martin Staudt, wie die Klage anerkennt, von dem Georg Franz, der Eliſabetha und dem Adam Vogel und zwar von einem jeden derſelben zu ¼ legirt worden iſt.

Beſtehen deren Teſtamente zu Recht, ſo fiel ihm, da er die genannten drei Teſtatoren überlebte, das Eigenthum an dem Legat mit dem Tode der Geſchenknehmer an.

L.R.S. 1014.

Der zweite Abſatz dieſer Geſetzesſtelle iſt nicht dazu beſtimmt, den erſten, der dieſes ausdrücklich erklärt, wieder aufzuheben, ſondern betrifft nur den davon unabhängigen Beſitz und den Früchtegenuß der legirten Sache. — Durch das Teſtament der Maria Anna Vogel wurde die Beklagte als Erbin an dem vierten Theile aller Liegenſchaften eingeſetzt, hinſichtlich deren die Teſtirerin früher mit ihren ledigen Geſchwiſtern in ungetheilter Gemeinſchaft geſtanden war. Es iſt demnach auch über das letzte Viertel des Hauſes zu Gunſten Anderer gültige Verfügung getroffen, ſo daß ein Anſpruch der Klägerinnen auf deſſen theilweiſe Herausgabe nach deren

Digitized by Google

eigenem Vortrage nicht beſteht und auch deßwegen ein abänderndes Erkenntniß ergehen muß.

Was dagegen die übrigen Liegenſchaften betrifft, ſo findet ſich in der Klage die beſtimmte Behauptung vor, die in der Verlaſſenſchaft der letzten vier teſtirenden ledigen Geſchwiſter Vogel befindlichen und nach den einzelnen Stücken verzeichneten Liegenſchaften ſeien, mit Ausnahme weniger inzwiſchen veräußerter, ganz dieſelben, hinſichtlich welcher dieſe vier ledigen Geſchwiſter ſchon im Jahr 1813, als der erſte derſelben ſtarb, in Gemeinſchaft geſtanden waren.

Von appellantiſcher Seite hat man auch dieſen Theil der Klage aus dem Grunde angefochten, weil die Teſtamente der drei zunächſt verſtorbenen Teſtirer nach L.R.S. 896 ungültig ſeien.

Hierüber iſt zu bemerken:

Dieſe Teſtamente ſetzen die längſt lebenden ledigen Geſchwiſter in die Nutznießung des jeweiligen Nachlaſſes der Teſtirer ein. Somit beſtimmte zum Beiſpiel das Teſtament des zuerſt mit Tod abgegangenen, daß zunächſt drei, ſodann zwei und zuletzt eines der Geſchwiſter die Nutznießung haben ſollen. Nutznießung iſt aber das Recht, die Früchte von fremdem Eigenthum zu ziehen.

L.R.S. 578, 582.

Es endiget mit dem Tode des Nutznießers L.R.S. 617. Nach der teſtamentariſchen Verfügung fängt das Recht der zwei Ueberlebenden da an, wo das des Dritten aufhört. Was jenen durch den Tod dieſes, wenn man ſo will, zuwächſt, iſt ſonach kein Gegenſtand, welchen dieſer für ſie aufzubewahren und an ſie rückzuliefern die Obliegenheit hatte. Die bezogenen Früchte allein wuchſen ſeinem Vermögen zu und nur die von ihm nicht bezogenen ſind den Ueberlebenden vermacht.

Der Nutznießer, als ſolcher, hat wohl auch die Pflicht der Erhaltung und der Rücklieferung der Sache, allein nur gegenüber dem Eigenthümer, hier alſo zu Gunſten derjenigen, welche als Erben in den Nachlaß eingeſetzt wurden.

Der in dem Landrechtſatz 896 aufgeſtellte Begriff einer Aftererbeinſetzung paßt daher nicht auf den Fall einer ſucceſſiven Einſetzung in die Nutznießung eines Nachlaſſes, bei welchem man übrigens nur uneigentlich von einem Zuwachsrecht ſprechen kann, indem dieſes das Recht iſt Kraft Geſetzes. L.R.S. 1044, den Antheil eines Dritten an einem, Mehreren zuſammen zugewendeten Vermächtniſſe an ſich zu ziehen.

Wohl beruft ſich die Appellantin auch noch auf den Beiſatz in den Teſtamenten, welcher den Nutznießern verſtattete, auf den Nothfall in die Subſtanz der Verlaſſenſchaft einzugreifen und davon zu leben, ihnen daher ein Dispoſitionsrecht darüber einräumte. Allein daraus folgt keineswegs, daß die klar ausgeſprochene Abſicht ſie nur zur Nutznießung zu berufen, damit wieder habe aufgegeben werden wollen. Die beigefügte Bedingung „auf den Nothfall“ beweiſt vielmehr das Gegentheil, denn ehe ein ſolcher Fall eintrat, ſtund den Nutznießern ein ſolches Dispoſitionsrecht in keiner Weiſe zu. Die unzweifelhafte Abſicht der Teſtirer war vielmehr keine andere, als daß die Nutznießer von der ihnen obliegenden (L. R. S. 578) Verbindlichkeit der Erhaltung der Sache bei eintretendem Nothfall zum Voraus entbunden werden ſollten.

L. R. S. 1100 d. a.

Da demnach die Klage nicht etwa durchaus verwerflich erſcheint, ſo muß vor weiterer Verhandlung resp. Entſcheidung wegen mangelhafter Begründung der Aktivlegitimation das Fragerecht ausgeübt werden.

Gemäß L.R.S. 906 können nur diejenigen durch letzten Willen begünſtiget werden, die zur Zeit des Todes des Erblaſſers ſchon empfangen waren.

Die Klägerinnen ſind in den Teſtamenten nicht namentlich zur Erbſchaft berufen, es iſt alſo daraus Nichts hieher Gehöriges zu entnehmen. Daß ſie in jenem Zeitpunkte ſchon lebten oder doch empfangen waren, iſt von ihnen ebenfalls nicht behauptet.

— — „Es fragt ſich demnach nur noch, welcher Antheil ſteht den Klägerinnen an den Liegenſchaften zu?

Nach dem Teſtamente der Anna Maria Vogel wurde der Beklagten deren ſämmtliches Vermögen vermacht mit Ausnahme einiger Legate zu Gunſten der Klägerinnen, welche jedoch dieſe nicht annahmen, es ging ſonach auch der Antheil an dieſen Liegenſchaften auf die Beklagte zu Eigenthum über, welches der Maria Anna Vogel hieran zuſtand. Dieſer Antheil beſtund aber unbeſtrittenermaßen in $^1/_4$ der fraglichen Liegenſchaften. Die übrigen $^3/_4$ dieſer Liegenſchaften ſind vermöge der teſtamentariſchen Beſtimmungen des Georg Franz, der Eliſabetha und des Adam Vogel Eigenthum der

Digitized by Google

Klägerinnen und der Beklagten geworden, in deren Genuß und Beſitz ſie nach dem Tode der Nutznießerin Maria Anna Vogel kamen.

Unter dieſen ³/₄ der Liegenſchaften waren jedoch die Antheile des Georg Franz, der Eliſabetha und des Adam Vogel an dem Hauſe nebſt Scheuer nicht mehr enthalten, weil ſolche laut Teſtaments derſelben Eigenthum des Franz Martin Staudt geworden waren.

Zu dieſen ³/₄ nach Abzug des fraglichen Hauſes nebſt Scheuer ſind nun durch dieſelben Teſtamente jede der Klägerinnen und die Beklagte zu gleichen Theilen berufen, indem beſtimmt wurde, daß dieſes Vermögen den jetzigen und etwa weitern Kindern der verheiratheten Geſchwiſter in gleiche Theile zufallen ſolle, und dieſe unbeſtrittenermaßen die einzigen Kinder der verheiratheten Geſchwiſter der Teſtatoren ſind.

Es hat ſonach die Beklagte dieſe ³/₄ der Liegenſchaften gleichſeitlich mit den Klägerinnen zu theilen."

Das Großherzogliche Oberhofgericht I. Senat hat auf das von der Beklagten eingelegte Rechtsmittel der Oberappellation durch Urtheil vom 16. Juni d. J. das oben angegebene hofgerichtliche Urtheil beſtätigt und zwar aus folgenden Gründen:

„Die Klägerinnen Anna Maria und Maria Anna Vogel begehrten beim Beginnen des Rechtsſtreites auf den Grund der letztwilligen Verfügungen, welche die drei zuerſt geſtorbenen Geſchwiſter ihres Vaters, Georg Joſeph, Eliſabeth und Adam Vogel unterm 26. und 27. März 1813 errichtet haben, und auf den Grund ihres geſetzlichen Erbrechtes an dem Nachlaſſe der zuletzt mit Tod abgegangenen Schweſter Maria Anna Vogel gegen die Beklagte Anna Maria Staudt, als Miterbin und Beſitzerin der Verlaſſenſchaft dieſer vier Verwandten, daß der letzte Wille jener Maria Anna Vogel vom 22. März 1841 für nichtig erklärt und dieſer Nachlaß zwiſchen ihnen und der Beklagten in zwei Hälften getheilt werde.

Nachdem aber durch die Urtheile des Bezirksamtes Tauberbiſchofsheim, beziehungsweiſe des Hofgerichtes des Unterrheinkreiſes ihr Antrag auf Annullirung des Teſtaments der Maria Anna Vogel, in welchem die Beklagte zur Erbin eingeſetzt iſt, verworfen, ſomit ihr Anſpruch auf den Nachlaß dieſer Erblaſſerin, resp. auf das derſelben gehörige Viertheil an dem gemeinſchaftlichen Vermögen jener vier Geſchwiſter zurückgewieſen, auch ihr Anſpruch auf die von derſelben zurückgelaſſenen Fahrniſſe, ſo wie auf das in jenen ältern Teſtamenten dem Bruder der Beklagten vermachte und nach deſſen Tod auf ſie übergegangene Haus nebſt Scheuer abgewieſen worden iſt, wogegen die Klägerinnen kein Rechtsmittel ergriffen haben, ſo beſchränkt ſich nunmehr ihr Begehren auf 2 Drittheile von den drei Viertheilen mithin auf die Hälfte der vorhandenen, in der Klagebeilage verzeichneten Liegenſchaften, welche ihnen kraft jener Teſtamente der drei zuerſt verlebten Verwandten von deren Nachlaß zugetheilt ſind.

Dieſes Geſuch der Klägerinnen iſt begründet durch die thatſächlichen Anführungen, daß die erſtgedachten drei ledigen Geſchwiſter ihres Vaters in ihren von allen Betheiligten anerkannten Teſtamenten vom Jahre 1813 zu Erben ihres Vermögens, woran ſie ſich gegenſeitig und ihrer weiteren ledigen Schweſter Anna Maria Vogel die lebenslängliche Nutznießung mit Zuwachsrecht vermacht hatten, die Kinder ihrer verheiratheten Geſchwiſter zu gleichen Theilen eingeſetzt haben, daß nach dem in den Jahren 1813, 1820 und 1822 erfolgten Ableben jener drei Teſtirer nunmehr durch den im Jahre 1841 eingetretenen Tod der Maria Anna Vogel jene Nutznießung erloſchen und als Kinder der beiden verheiratheten Geſchwiſter derſelben, des Franz Joſeph Vogel und der Anna Juſtina Vogel, verehelichten Staudt, nur die beiden Klägerinnen und die Beklagte vorhanden, ſomit als Erben zu jenen ³/₄ der Liegenſchaften berufen ſeien, welche nach Auflöſung der früher zwiſchen den 4 ledigen Geſchwiſtern beſtandenen Gemeinſchaft das Vermögen der drei Teſtirer bildeten.

Dieſer thatſächliche Klaggrund bedarf auch keines weitern Beweiſes, nachdem ſolcher von der Beklagten in ſeinem ganzen Umfang als richtig zugegeben worden iſt.

Insbeſondere iſt in den Geſtändniſſen der Vernehmlaſſung ausdrücklich zugeſtanden, daß allerdings, wie dies in der Klage behauptet ward, die in der Beilage zur Klage beſchriebenen (mithin die nach dem Tode der Maria Anna Vogel im Jahre 1842 vorhandenen) Liegenſchaften dieſelben ſeien, welche bereits in der Klage beſchrieben und bei der Inventur nach dem Tode des Georg Franz Vogel im Jahre 1813 aufgezeichnet worden

ſeien, wobei es ſein möge, daß ſich in einem Zeitraum von 21 Jahren (ſoll wohl heißen 29 Jahren) die Nebenlieger geändert haben. Als ein Widerruf dieſes klaren Geſtändniſſes kann es nicht angeſehen werden, und ebenſo wenig einen Zweifel über deſſen Sinn erregen, wenn in derſelben Vernehmlaſſung in der gegen die Klagbegründung gerichteten Ausführung widerſprochen iſt, daß der Nachlaß der Geſchwiſter, in deſſen Beſitz und Gewähr Anna Maria Vogel ſich geſetzt habe, in den in der Klage beziehungsweiſe der Beilage angeführten Liegenſchaften beſtanden habe. Nach der ſogleich beigefügten Erklärung, daß unten gezeigt werden ſolle, worin der Nachlaß jener drei Geſchwiſter beſtanden habe, und nach der unten folgenden Darſtellung, womit gezeigt wurde, daß jedenfalls der vierte Theil des verzeichneten Vermögens mithin, auch der Liegenſchaften, eigenes Vermögen der Maria Anna Vogel als Theilhaberin jener aufgelösten Gemeinſchaft, und daß das ebenfalls in jenem Verzeichniß enthaltene Haus nebſt Scheuer als Vermächtniß an Martin Staudt und von dieſem an die Beklagte gekommen ſei, daß mithin einer und der andere Theil des von den Klägerinnen als Nachlaß jener drei Geſchwiſter angeſprochenen Vermögens, resp. der Liegenſchaften dazu nicht gehöre, wie dies auch bei den Urtheilen der vordern Inſtanzen angenommen wurde, muß man vielmehr ſchließen, daß mit jenem Widerſpruch nicht das unumwunden und unzweideutig abgelegte Geſtändniß zurückgenommen, vielmehr die aus der zugeſtandenen Thatſache, aus dem Vorhandenſein der gedachten Liegenſchaften zur Zeit des Todes des Georg Franz Vogel gegen die Maria Anna Vogel gezogene Folgerung theilweiſe beſtritten werden ſollte.

Es kömmt daher nach jenem Geſtändniſſe nicht mehr darauf an, ob in den beiden Verzeichniſſen von 1813 u. 1842 die Bezeichnung des Maßes und der Lage aller einzelnen Grundſtücke vollkommen übereinſtimmt.

Es kann demnach auch nicht berückſichtigt werden, wenn in der Oberappellationsbeſchwerdeſchrift die Identität der in der Klagbeilage verzeichneten Liegenſchaften mit den von den Geſchwiſtern Vogel in Gemeinſchaft beſeſſenen, in Zweifel gezogen wird, zumal auch hier nicht angegeben iſt, welche von den im Jahr 1813 aufgenommenen Liegenſchaften nach dem Tode der Maria Anna Vogel nicht mehr vorhanden geweſen, und nicht in den Beſitz der Beklagten gekommen ſeien.

Grundlos iſt ferner die Einwendung, daß die Teſtamente der drei Geſchwiſter Vogel, aus welchen die Klägerinnen ihr Erbrecht ableiten, nach L.R.S. 896 eine verbotene Aftererbſetzung enthielten, folglich ungültig ſeien.

Denn dieſe Geſchwiſter haben ſich wechſelſeitig und der Maria Anna Vogel nur die Nutznießung an ihrem Vermögen vermacht, wenn gleich die jeweiligen Nutznießer für befugt erklärt wurden, im Nothfalle zur Beſtreitung ihres Lebensunterhaltes ſelbſt die Subſtanz anzugreifen.

Dagegen wurde das Eigenthum der jeweils durch den Tod eines Teſtirers eröffneten Verlaſſenſchaft ohne Subſtitution den einſt nach der Beendigung der Nutznießung lebenden Kindern der beiden verheiratheten Geſchwiſter zugewendet, welche daher dieſes Eigenthum nicht aus der Hand einer dritten Perſon empfingen, die ihnen ſolches aufzubewahren oder zurückzuliefern gehabt hätte.

Eine ſolche Verordnung, wodurch dem Einen die Nutznießung, dem Andern das bloße Eigenthum einer Sache zugedacht wird, fällt auch nach der ausdrücklichen Beſtimmung des L.R.S. 899 nicht unter den Begriff der Aftererbſetzung und iſt jenes Verbotes ungeachtet gültig.

Selbſt in der Anordnung der ſucceſſiven Nutznießung, beziehungsweiſe des Zuwachsrechtes für die einzelnen ledigen Geſchwiſter liegt keine unerlaubte Subſtitution, wie dies in den hofgerichtlichen Entſcheidungsgründen bereits ausgeführt iſt. Ueberdies würde diejenige Verfügung, welche den überlebenden Kindern der Geſchwiſter das Eigenthum des hinterlaſſenen Vermögens zuweist, ſelbſt dann geltend fortbeſtehen, wenn auch die andere Dispoſition über die Nutznießung ungültig wäre. In der teſtamentariſchen Beſtimmung, daß die jeweiligen Nutznießer im Nothfalle ſelbſt die Subſtanz angreifen dürfen, kann eine verbotene Aftererbſetzung umſo weniger gefunden werden, da das Weſen derſelben gerade im Aufbewahren und Zurückliefern beſteht, wodurch jenes Angreifen der Subſtanz ſchlechthin ausgeſchloſſen iſt.

Es gebühren ſomit den Klägerinnen, welche nach den angeführten Beſtimmungen jener letzten Willen das Vermögen der gedachten drei Erblaſſer, folglich auch die als Eigenthum derſelben geltenden drei Viertheile der vorhandenen Liegenſchaften mit der Beklagten zu gleichen Theilen zu theilen haben, zwei Drittheile derſelben, wie ſie durch das angefochtene Urtheil ihnen zugeſprochen ſind, weßhalb die Beklagte, Oberappellantin, nicht beſchwert erſcheint. ꝛc.

Scheuermann.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro 51. Karlsruhe den 19. Dezember 1846.

I.

Iſt zur Gültigkeit der Inſcription eines Urtheils (L.R.S. 2123 und 2148) die Mitwirkung des ganzen Pfandgerichts erforderlich?

Ernſt gegen Weikum.

Vorſtehende Frage ward durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 20. Nov. 1846 verneinend entſchieden, obgleich ſich für die Bejahung anführen läßt:

1) daß der Gemeinderath, welcher aus dem Bürgermeiſter und den Gemeinderäthen beſteht, die Pfandbücher zu führen hat;
   Organiſation von 1809, Beil. lit. B.
   Regierungsblatt Nr. 51, S. 422.
   Gemeindeordnung von 1831, §. 8 und 42.
2) daß der von dem Rathsſchreiber zu fertigende und zu beglaubigende Eintrag die gegenwärtigen Mitglieder des Pfandgerichts namentlich anführen und deren Unterſchrift enthalten ſoll.
   II. Einführungsedict, §. 25 und 26.
   Pfandſchreiberei-Inſtruction von 1822, §§. 4, 6 und 23.
   Gemeindeordnung, §. 43 und 46.

Der rubricirte Fall war folgender.

Ein Eintrag im Rohrbacher Pfandbuche vom 1. April 1840 enthielt bloß die Unterſchrift des Bürgermeiſters und des Rathsſchreibers. Es ſteht nämlich am Eingange des Protocolles „vor dem Gemeinderath" und am Schluſſe „der Gemeinderath", ohne daß deſſen etwa anweſende Mitglieder benannt und in der Urkunde unterzeichnet ſind.

In Anbetracht aber, daß auf die Unterlaſſung dieſer Förmlichkeiten in keinem Geſetz die Nichtigkeit gedroht, und daß die hauptſächlich auf Offenkundigkeit der Unterpfandsrechte gerichtete Abſicht des Geſetzgebers durch die vorliegende Beurkundung um ſo gewiſſer erreicht iſt, als die Pfandſchreiberei bei richterlichen Unterpfändern, welche alle gegenwärtigen und künftigen Liegenſchaften des Schuldners ergreifen, keine Gewähr zu leiſten hat, wurde der fragliche Eintrag mit Rückſicht auf L.R.S. 6 k. für gültig und wirkſam erklärt.

Verſchieden von dieſem Falle iſt jener, welcher in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern, N. F. V., 59—64 referirt wird. In jenem Falle rührte nämlich der Eintrag nur von dem Rathsſchreiber her. Daß aber der Rathsſchreiber allein die Stelle des Pfandgerichts nicht vertreten kann, unterliegt wohl keinem Zweifel mehr.

D. R.

II.

Oberhofgericht.

Klage auf Gewährung eines Familienſtipendiums auf den Grund einer Anerkennung. Paſſivlegitimation. Einrede des Irrthums.

(Zu Nr. 50 der Annalen vom 11. December 1841.)

Die in der allegirten Nummer der Annalen angeführten Urtheile der erſten und zweiten Inſtanz wurden auf ergriffene Oberberufung des beklagten Theils durch Urtheil des Großherzoglichen Oberhofgerichts vom 9. September 1842, II. Sen., Nr. 3623 aus nachſtehenden Gründen dahin abgeändert:

„daß die Klägerin unter Verfällung in die Koſten der drei Inſtanzen mit der erhobenen Klage abzuweiſen ſei."

Entſcheidungsgründe.

Die Ehefrau des doctor medicinae und Profeſſors an

Digitized by Google

der Univerſität Freiburg, Mack, eine geborene Herrmann, hat, wie nicht beſtritten iſt, unter dem 8. Juli 1616 in einem von ihr errichteten Teſtamente ein Stipendium geſtiftet, welches ihre und ihres Mannes arme Verwandte, oder in Ermangelung derſelben auch andere Arme zum Studieren und Erlernen guter Künſte genießen ſollten, und den Vollzug dieſer Stiftung dem jeweiligen Decan und den Beiſitzern der medieiniſchen Facultät in Freiburg für immer übertragen.

Der im Laufe dieſes Rechtsſtreites verſtorbene Kläger, Maximilian Hinterſad, welcher auf den Grund einer von der damaligen mediciniſchen Facultät unter dem 1. December 1785 erfolgten Anerkennung der Abſtammung ſeines Großvaters, des K. K. Oeſtreichiſchen Regierungsſecretärs, Franz Anton Hinterſad von Hans Caſpar Herrmann, einem Bruder der Stifterin, das fragliche Stipendium vom Jahre 1795 bis zum Jahre 1815 genoſſen hatte, bezweckte nunmehr, nachdem die mediciniſche Facultät und der Univerſitätsſenat auf die im Jahre 1834 erfolgte Anmeldung zum Genuſſe des Stipendiums für ſeinen Sohn Eduard, die Einweiſung in daſſelbe verweigert hatte, weil ſie die frühere Anerkennung des Verwandtſchaftsverhältniſſes als auf einem Irrthum beruhend erfunden haben wollte, die Erwirkung einer rechtlichen Entſcheidung darüber, daß ihm und ſeinen Nachkommen das Verwandtſchaftsrecht zum Genuſſe der Mack-Herrmann'ſchen Stiftung für ihre dazu vereigenſchafteten Söhne zuſtehe, und daß demnach ſein Sohn Eduard nach ausgewieſener Qualification von der Zeit der Anmeldung oder Klaginſinuation in den Bezug einzuweiſen ſei.

Die Einrede, daß nicht die medieiniſche Facultät, ſondern nur die Geſammtheit der übrigen ſtiftungsberechtigten Verwandten die rechten Beklagten ſeien, hat in den Entſcheidungsgründen zu dem hofgerichtlichen Erkenntniſſe vom 8. November v. J. ihre richtige Würdigung gefunden.

Dagegen erſcheint die erhobene Klage ſelbſt als unbegründet.

Der Kläger ſtützt nämlich ſein Begehren, daß die als Vollzieher des letzten Willens der Stifterin belangte mediciniſche Facultät ihm und ſeinen Nachkommen ein Verwandtſchaftsrecht mit der Stifterin zum Behufe des Genuſſes des geſtifteten Stipendiums anzuerkennen ſchuldig erklärt werden ſolle, auf folgende Thatſachen:

1) auf die von der damaligen mediciniſchen Facultät ſeinem Großvater unter dem 1. December 1785 erklärte Anerkennung ſeiner Abſtammung von einem Bruder der Stifterin, welche ihm für ihn und ſeine Descendenten ertheilt wurde;
2) auf die in Folge dieſer Anerkennung bewirkten, wiederholten Einweiſungen mehrerer Familienglieder in den Genuß der Stiftung;
3) auf die Erſitzung des Rechtes der Familie durch den Beſitz des Stipendiums vom Jahre 1785 bis 1815.

Was aber:

Zu 1) die hier angerufene Anerkennung der damaligen mediciniſchen Facultät betrifft, ſo konnte zwar letztere, da ſie nach dem Teſtamente der Stifterin berufen war, den letzten Willen derſelben zu vollziehen, beziehungsweiſe jeweils das Stipendium an diejenigen zu vergeben, welche ſie dazu berufen hatte, nach Prüfung der Beweiſe über die damals von dem Großvater des Klägers behauptete Abſtammung von dem Bruder der Stifterin, deſſen Verwandtſchaft mit letzterem gültig anerkennen, und ihm das für ſeinen Sohn begehrte Stipendium bewilligen. Es lag aber nicht in ihrer Befugniß, die Stiftung ſelbſt durch Anerkenntniß eines Familienſtandes für die Zukunft zu belaſten, indem nach dem Sinne der Stifterin nur der jeweilige Decan mit den Beiſitzern der mediciniſchen Facultät das Stipendium im einzelnen Falle vergeben ſollten, und ihnen daher auch unbenommen bleiben mußte, die Verwandtſchaftsverhältniſſe derjenigen, welche ſich zu dem Genuſſe als Verwandte für berechtigt hielten, in dieſem einzelnen Falle ſelbſt zu prüfen.

Die medieiniſche Facultät, wie ſie am 1. December 1785 beſtand, iſt daher durch Ausſtellung einer Anerkennungsurkunde über die Verwandtſchaft des Großvaters des Klägers, welche auch für ſeine Nachkommen den jeweiligen Vertretern und Executoren der Stiftung gegenüber verbindliche Kraft haben ſollte, und die ohnedieß ein Vertragsverhältniß zwiſchen ihr und den Vorfahren des Klägers nicht begründen konnte, da ſie lediglich das Zugeſtändniß einer Thatſache enthielt, zu weit gegangen, und es kann daher dieſelbe die jetzigen Vertreter und Executoren, welche nur den Willen der Stifterin nach der Stiftungsurkunde, dem Teſtamente vom 8. Juli 1616, zu vollziehen haben, und nicht als univerſelle Rechtsnachfolger der Vertreter und Executoren vom 1. December 1785 zu betrachten ſind, nicht binden.

Digitized by Google

Auf die Einwendung, daß die fragliche Anerkennung auf einem Irrthume beruhet habe, kann es hienach nicht weiter ankommen.

Aus denſelben Gründen erſcheint:

Zu 2) die auf die fragliche Anerkennung erfolgte Einweiſung mehrerer Familienglieder, und zwar des Klägers ſelbſt in den Genuß des Stipendiums zur Begründung des behaupteten Familienſtandes als unerheblich, da die ſtillſchweigende Anerkennung, welche darin gefunden werden könnte, nicht bindender für die dermalige Beklagte ſein kann, als die ausdrückliche, in einer ſchriftlichen Urkunde ausgeſprochene.

Was endlich

Zu 3) den Titel der Erſitzung anlangt, ſo kann der Beſitz im Genuſſe der Stiftung, in welchem ſich der Kläger und die Mitglieder ſeiner Familie vom Jahre 1785 bis 1815 befanden, zur Erwerbung eines Familienrechtes auf dieſen Genuß nicht benützt werden, da das Recht zum Bezuge des Stipendiums von der nachzuweiſenden Verwandtſchaft mit der Stifterin abhing, letztere aber durch den bloßen Genuß nicht erworben werden konnte, ſo wie überhaupt nach dem zu 1) und 2) Angeführten die Thatſache des Bezuges des Stipendiums ſelbſt auf den Grund der Anerkennung einer Verwandtſchaft eine Verjährung, beziehungsweiſe eine Erſitzung des Rechtes zu dieſem Bezuge niemals begründen kann.

Aus allen dieſen Gründen und da in der Klage die Thatſache der wirklichen Abſtammung des Klägers von einem Bruder der Stifterin nicht als ſelbſtſtändiger Grund des Anſpruches auf den Genuß des Stipendiums geltend gemacht wurde, mußte in der Hauptſache und nach Anſicht des §. 169 der Proceßordnung, den Koſtenpunkt betreffend — wie geſchehen erkannt werden.

Bemerkung des Einſenders.

Dieſe höchſte Entſcheidung dürfte um deßwillen ſchon manchem Bedenken unterliegen, weil die Mack-Herrmann'ſche Stiftung nach dem klaren Inhalt des Stiftungsbriefes von der **jeweiligen** medicinischen Facultät **unbeſchränkt und zu allen Zeiten** in ſo ferne vertreten wird, als ihr das Recht der Verleihung des Stipendiums nach den Beſtimmungen der Stifterin vollſtändig übertragen iſt.

Iſt nun i. J. 1785 von der damaligen medicinischen Facultät nach vorgenommener *causae cognitio* der Großvater des Klägers, ſodann i. J. 1787 der Großonkel des Klägers, Caſimir Hinterſad, ferner i. J. 1795 der Vater des Klägers, Philipp Hinterſad, endlich der Kläger, Max Hinterſad (Vater des Eduard Hinterſad) ſelbſt bis zum Jahre 1815 als Stipendiumsberechtigter Verwandter der Stifterin **förmlich** anerkannt worden, ſo iſt dieß Anerkenntniß auch für die Folgezeit verbindlich, und damit auch das Verwandtſchaftsverhältniß, beziehungsweiſe die Berechtigung des Eduard Hinterſad zum Stiftungsgenuſſe, vollkommen dargethan. Dr. Löw.

III.

Zeitpunkt zur Anzeige einer außerehelichen Schwangerſchaft.

Um dem Kindsmord (und allenfalls auch dem Abtreiben der Leibesfrucht) vorzubeugen, iſt den außerehelich Schwangern zur Pflicht gemacht, ihren Zuſtand anzuzeigen. Die Friſt zu dieſer Anzeige lauft eigentlich vom Beginn der Schwangerſchaft bis zum Augenblick der Niederkunft. Erfolgt aber auf unterbliebene Anzeige, nach einem gewiſſen Zeitpunkt, die Niederkunft heimlich, ſo wird die Gebährende ſtrafbar. Welches iſt nun dieſer Zeitpunkt?

Ein *terminus a quo* findet ſich nirgends beſtimmt. Weil indeſſen das Geſetz eine zeitige oder frühzeitige Anzeige verlangt, ſo hat man daraus ſchließen wollen, daß die Verbindlichkeit dazu im nämlichen Augenblicke eintrete, wo die Geſchwächte zur vollen Ueberzeugung von der Schwangerſchaft gelange, die ſie doch zum Mindeſten von da an haben müſſe, wo ſich den übrigen Merkmalen der Schwangerſchaft auch die Bewegung des Kindes beigeſelle (**Annalen** II. 17).

Nach dem Zeugniß der Aerzte ſtellen ſich die Bewegungen des Kindes gewöhnlich um die Mitte des **fünften** Monats der Schwangerſchaft ein. Wie aber keine Regel ohne Ausnahme, ſo lehrt die Erfahrung, daß ſich dergleichen Erſcheinungen auch ſpäter erſt und mitunter, beſonders bei Erſtlingen, gar nicht bemerklich machen. Da überhaupt die Symptome einer Schwangerſchaft nicht geradezu untrüglich ſind, ſo darf bezweifelt werden, daß der Geſetzgeber die Pflicht zur Anzeige von ſolch unſicheren Momenten habe abhängig machen wollen.

Schon die Worte des Geſetzes: „**je nachdem das Kind Schaden genommen hat, oder nicht**" deuten darauf hin, daß eine Beſchädigung der Leibesfrucht

Digitized by Google

während oder nach der Geburt möglich ſein müſſe. Es wird ſomit hier, wie beim Kindsmorde, die Lebensfähigkeit des Kindes vorausgeſetzt, welche bekanntlich mit dem ſiebenten Monate oder nach dem 180. Tage der Schwangerſchaft ihren Anfang nimmt. Früher iſt eine Beſchädigung des Kindes bei oder nach der Geburt nicht wohl denkbar. Es mußte daher ein *terminus ad quem* beſtimmt werden, nach deſſen Ablauf die heimliche Niederkunft auf Rechnung der Schwangeren geſetzt wird. Einen ſolchen Termin finden wir feſtgeſtellt im §. 61, lit. c. des Strafedicts, welcher von dem Ehebruche handelt. Der §. 62, worin von der gemeinen Unzucht die Rede iſt, verweist unter lit. a auf den vorigen Artikel (§. 61) und gibt damit deutlich zu erkennen, daß unter einer zeitigen Anzeige nur jene zu verſtehen ſei, welche vor dem Eintritt des ſiebenten Monats der Schwangerſchaft geſchieht. Es läßt ſich demnach der Wille des Geſetzgebers dahin erklären: daß durch den Ablauf jenes Termins die außerehelich Schwangere, welche auf unterlaſſene Anzeige heimlich mit einem todten Kinde niederkommt, der Wohlthat verluſtig wird, ungeſtraft zu bleiben, falls ſie nicht eine Unwiſſenheit hinlänglich zu rechtfertigen vermag.

Strafedict §. 62, lit. c.

Annalen XIV. 207.

Außerdem iſt eine ſolche Perſon nur dann mit Strafe zu verſchonen, wenn ſie ihr Kind lebend producirt. In dieſem Falle pardonnirt das Geſetz die ſtrafwürdige Mutter um des Kindes willen (Verordnung vom 16. Febr. 1813. Regierungsblatt Nr. VI.).

Obiger Termin wurde, um nur zwei Belege anzuführen, namentlich in der Unterſuchung gegen Maria Anna Denz unterm 26. Februar 1844 von dem I. Senate und in jener gegen Eliſabeth Ratzel unterm 13. Nov. 1846 von dem II. Senate des Großherzoglichen Oberhofgerichts als maßgebend angenommen. D. R.

IV.

Stehen die Entſcheidungen entſtandener Streitigkeiten über Erfüllung von Accorden, zwiſchen den Unternehmern öffentlicher Arbeiten, einer Seits, und dem Staate, oder andern Körperſchaften, ander Seits, den Gerichten, oder den Verwaltungsbehörden zu?

(Erläuterung des §. 14 der Verfaſſungsurkunde, und des §. 8, lit. a. der Beilage D. des Organiſationsedictes vom 26. November 1809.)

Die baupflichtige Gemeinde Ittlingen gab die Aufbauung eines neuen Schulhauſes in öffentlicher Verſteigerung zu Accord, und erhielten dabei M B und S M von da die Herſtellung des Neubaues. Es entſtand nun aber bald während deſſelben über Erfüllung des Accordes, Seitens der Bauherrin, rückſichtlich einer, von der Bezirksbauinſpection zu Bruchſal feſtgeſetzten Reſtſumme von 291 fl. 18 kr., für beſonders gelieferte Arbeit, zwiſchen den Unternehmern und der Gemeinde Streit, indem die Letztere, mit Berufung auf §. 14 der Vertragsbedingungen, von der Bezahlung jenes Betrages ſich für entbunden erachtete. Das Bezirksamt Eppingen pflog im Informationsverfahren, von Amtswegen, die Verhandlung, erhob die nöthigen Aufklärungen und legte alsdann zur Entſcheidung in collegialiſcher Berathung die Acten der Großherzoglichen Kreisregierung zu Raſtatt vor. Dieſe erklärte aber, mittelſt Erlaſſes vom 27. October 1846, aus dem Grunde ſich für unzuſtändig, weil ſie den §. 8 a. Beilage D. des Generalreſcriptes vom 26. November 1809 und die authentiſche Interpretation dazu vom 9. September 1815, auf welche das Amt in ſeinem Vorlagebericht ſich berufen hatte, durch den §. 14 der Verfaſſungsurkunde für aufgehoben betrachte. Hiernach würde alſo der Austrag der Sache vor die Gerichte gehören.

Der höchſte Gerichtshof des Landes hat aber, in Uebereinſtimmung mit dem Erkenntniſſe des Großherzoglichen Hofgerichtes vom Oberrheinkreiſe und den Gründen zu ſolchem, im entgegengeſetzten Sinne ſich ausgeſprochen, und die betreffende Verwaltungsbehörde, nämlich die Kreisregierungen, zur Verbeſcheidung von dergleichen Streitigkeiten, für competent erklärt.

Annalen XIV. 12.

Nicht minder wurde von dem gedachten Amte, in der Eigenſchaft als Gericht, ſchon früher in einem andern ähnlichen Falle, im gleichen Sinne, entſchieden, und die erhobene Klage, als vor den bürgerlichen Gerichten nicht ſtattfindend, verworfen. Es wird deßwegen, wenn anders das Großherzogliche Miniſterium des Innern, wohin bereits der Recurs angemeldet und ausgeführt iſt, der Anſicht der Kreisregierung beitreten ſollte, vorausſichtlich zu einem Competenzconflict kommen. — Die Anſicht dieſer

Digitized by Google

letztern Staatsbehörde ſcheint mir aber durchaus nicht die richtige zu ſein, und führe ich hiefür die nachſtehenden drei Hauptgründe an:

1) Durch das Organiſationsedict, oder das ſogenannte Generalreſcript vom 26. November 1809, iſt in der Beilage D., §. 8 und 9, den damaligen Kreisdirectorien, oder jetzigen Kreisregierungen, ein Theil der Bürgerlichen- und der Strafrechtspflege übertragen worden. So unjuriſtiſch und principienlos dieſe Verfügung nun auch ſein möchte, ſo war ſie doch durch die damaligen Verhältniſſe, wenigſtens einigermaßen, wohl zu rechtfertigen; — und wenn auch nicht, ſo beſtand ſie einmal als Geſetz. Der belobte §. 8 beſagt nun unter Anderm wörtlich Folgendes:

„Ausnahmsweiſe ſteht den Kreisdirectorien bei entſtehenden Streitigkeiten die Entſcheidung zu:

a) über Erfüllung der Accorde zwiſchen den Unternehmern öffentlicher Arbeiten, an Straßen, Flößen, Brücken, öffentlichen Gebäuden einer=, und dem Staate oder den betreffenden Gemeinheiten anderſeits.“

Da über den Sinn dieſer Stelle, trotz ihrer vollſtändigen Klarheit, in der Anwendung doch Zweifel erhoben wurden; ſo erſchien am 9. September 1815 eine, vom Großherzoglichen Juſtizminiſterium erlaſſene, authentiſche Erläuterung, deren Inhalt, ſo weit er hierher gehört, Folgendes beſagt:

(„Erläuterung über die Gerichtsbarkeit der Kreisdirectorien, in Fällen des Großherzoglichen Organiſationsedicts von 1809, lit. D, §. 8.)

So lautet die Ueberſchrift, und der Text alſo:

„Ihro Königlichen Hoheit haben nach Anhörung der verſchiedenen Meinungen, welche über den Sinn des §. 8, lit. D. des Organiſationsedicts vom 26. November 1809 entſtanden ſind, Sich bewogen gefunden, folgende authentiſche Erläuterung zu geben:

a) §. 8, lit. A. Wenn die accordmäßige Zahlung in der bedungenen Zeit, entweder aus böſem Willen, oder aus angeblicher Zahlungsunvermöglichkeit unterbleibt, — wenn die Zahlungspflichtigen unter dem Angeben, daß die Accordsbedingniſſe nicht gehörig erfüllt werden, die Zahlung verweigern — wenn die Entrepreneurs ſich beſchweren, daß die Accordbedingniſſe nicht eingehalten werden, u. ſ. f., bleibt es bei dem wörtlichen Inhalte der bezeichneten Stelle, welche den Kreisdirectorien die Entſcheidungscompetenz zulegt.)

Hiernach iſt alſo der Satz, daß in dieſem Falle die Adminiſtrationsbehörden aus beſonderen Gründen, daher ausnahmsweiſe, Richter ſein ſollen, unbeſtreitbar richtig. Nun verliefen keine 3 Jahre, als

2) Die Verfaſſungsurkunde erſchien. Dieſe hatte nun ſchon nach ihrem Weſen, als Fundamentalſtaatsſatzung, durchaus nicht den Zweck und die Abſicht, an der kaum ein Jahrzehent vorher in's Leben getretenen Organiſation der verſchiedenen Behörden überhaupt, und vornehmlich in Bezug ihrer Wirkungskreiſe oder Zuſtändigkeit eine Abänderung zu treffen; ſondern durch ſie ſollte vielmehr, in Erfüllung der, den verſchiedenen deutſchen Stämmen in der Bundesacte ertheilten Verheißungen, die erſten Verhältniſſe zwiſchen Regent und Volk in ihren gegenſeitigen Rechten und Verbindlichkeiten, ganz vorzüglich aber die Rechte des Letztern, der Staatsgewalt gegenüber, grundgeſetzlich feſtgeſetzt und garantirt werden. Ihr §. 14, in ſo fern er hierher Bezug hat, lautet nun folgendermaßen:

„Die Gerichte ſind unabhängig innerhalb der Grenzen ihrer Competenz.

Alle Erkenntniſſe in bürgerlichen Rechtsſachen müſſen von den ordentlichen Gerichten ausgehen.“

Hier in dieſen zwei Beſtimmungen iſt gewiß die oben im Allgemeinen bezeichnete Abſicht ſchon der gewählten Ausdrucksweiſe nach, deutlich nachgewieſen. Sie wollen den Unterthan gegen Uebergriffe der Macht, durch außerordentlich ernannte Gerichte, gegen Commiſſorien, gegen die Kabinetsjuſtiz dadurch ſchützen, daß alle Erkenntniſſe in bürgerlichen Rechtsſachen von den ordentlichen Gerichten, das heißt, von den organiſationsmäßig für jede Zeit und für alle, im Voraus beſtimmten Fälle aufgeſtellten, innerhalb ihrer Grenzen unabhängigen, in ihrer Thätigkeit, nach Form und Inhalt, nur durch Geſetze geleiteten Behörden —, daher auch die politiſche, die das Urtheil im Collegium zu ſchöpfen hat, den Gegenſatz des außerordentlichen Gerichts in ſich ſchließt —, auszugehen haben, und es dem Staatsoberhaupte nicht erlaubt ſein ſoll, für gewiſſe, gegebene Fälle zur Schöpfung des Urtheils eine beſondere Commiſſion als Gericht niederzuſetzen oder gar durch Kabinetsbefehle nach Willkür einzuſchreiten. Ganz offenbar iſt der Ausdruck

Digitized by Google

„*ordentlichen*“ maßgebend und entſcheidend. „*Ordentliches* Gericht“ ſteht nach der Terminologie des gemeinen deutſchen Staats- und Privatrechts der *Kabinetsjuſtiz* gegenüber, welche früher oft die Geißel des deutſchen Volkes ward und wovon die Verfaſſungsurkunden daſſelbe für alle Zukunft ſicher ſtellen ſollten. Wollte der §. 14 anders und im Sinne des Regierungsreſcripts, daher dahin gedeutet werden, daß jede der Idee nach *bürgerliche* Rechtsſache, oder mit andern Worten die bürgerliche Rechtspflege, den *Gerichten* zugewieſen ſei; ſo hätte ja derſelbe die *Trennung* der Juſtiz von der Adminiſtration förmlich geboten. Daß dieſes aber nicht der Fall iſt, darüber iſt man allſeitig einverſtanden. Wie der §. 14 den Unterthan gegen Willkür und Eigenmacht der Regierung in *bürgerlichen* Rechtsſachen ſicher geſtellt hat; ſo ſteht ihm ganz im Einklang mit dem Vorigen in *Strafſachen* der nachfolgende §. 15 ſchirmend zur Seite, welcher da beſtimmt, daß in Criminalſachen Niemand dem ordentlichen (wiederum „ordentlichen“) Richter entzogen werden; Niemand anders, als in geſetzlicher Form, verhaftet ꝛc. werden dürfe.

So glaube ich, daß nach Wort und Geiſt der Verfaſſungsurkunde es unbezweifelt ſei, daß die Schöpfer derſelben an eine *Abänderung* der organiſationsmäßig beſtimmten Competenz der Behörden niemals dachten und ſelbſt nach der Natur der Sache daran nicht denken konnten; da ferner die Verfaſſungsurkunden die Grundpfeiler oder Fundamente zum Bau des conſtitutionellen monarchiſchen Staates bilden, und die durch organiſche Beſtimmung gezogenen Wirkungskreiſe der verſchiedenen Behörden — Trennung der Juſtiz von der Adminiſtration — gleichſam nur als erſtes Stockwerk ſich darauf ſtützen.

3) Man nehme jedoch auch an, die Verfaſſungsurkunde habe nicht den angegebenen Sinn, ſondern den im Regierungserlaſſe ausgeſprochenen, und alſo in bürgerlichen Rechtsſachen eine förmliche Trennung der Juſtiz von der Adminiſtration verfügen wollen; ſo wäre ſelbſt dann für die anderſeitige Meinung kein Haar gewonnen. Denn dieſer Grundſatz iſt der Weſenheit nach ſchon in dem §. 10, wozu der §. 13 gehört, §. 14 der Beilage C., §. 8 und 9 der Beilage D.; endlich §. 4 und 5 der Beilage E., des gedachten Organiſationsedictes im Allgemeinen als *Regel* ausgeſprochen —; aber darin nebenbei eine mehrfache Ausnahme gemacht, wozu gerade die Verbeſcheidungen von derartigen Bauſtreitigkeiten, als wie der vorliegenden gehören. Die Verfaſſungsurkunde hätte alſo das frühere Geſetz nur conſtitutionsmäßig beſtätigen können. Weil ſie jedoch *allgemein* lautet, die frühere Regel aber *Ausnahmen* zuläßt, ſo wären dieſe Ausnahmen, eben weil ſie nicht *ausdrücklich* aufgehoben wurden, nach bekannten Lehren der juriſtiſchen Hermeneuthik, natürlich mit der Regel *ſanctionirt* worden: gerade ſo wie ein unbeſchränkt allgemeines Geſetz bloß die entgegenſtehende Regel, nicht aber auch die in derſelben gemachten *Ausnahmen* aufhebt, falls dieſes nicht ausdrücklich oder ſtillſchweigend geſchieht. Somit war es alſo juriſtiſch unmöglich, daß die Verfaſſungsurkunde durch eine ganz *generelle* Beſtimmung, die frühere allgemeine *Regel* hätte *ſanctioniren* und zugleich die davon conſtituirten *Ausnahmen* hätte *aufheben* können. Deßwegen, weil nämlich dieſe Ausnahmen noch fortbeſtehen, hat auch unſere Geſetzgebung, lange nach Einführung der Verfaſſungsurkunde, manche Sachen, die unbeſtrittenen Juſtizſachen ſind, aber in jenem Organiſationsedicte ausnahmsweiſe den Verwaltungsbehörden belaſſen wurden; wie z. B. Unterſuchungen wegen Ehrenkränkung [1]), wegen Unterſchlagung der Staatsabgaben [2]), die Erledigung der Beſchwerden wegen verweigerter oder verzögerter Gerechtigkeitspflege [3]), die Gerichtsbarkeit in Civilſachen über die Unterrichter [4]), durch einen *beſondern* Act der Adminiſtrativbehörde wieder abgenommen. Solches wäre ja aber rein überflüſſig geweſen, wenn die Verfaſſungsurkunde die Zurückweiſung ſchon beſtimmt gehabt hätte. Endlich iſt auch auf dem letzten Landtage eine beſondere Motion dahin begründet worden, daß alle jene Gegenſtände, die der Reihe nach aufgezählt und in welche auch die vorliegenden Bauſtreitigkeiten eingeſchloſſen werden, die der Idee nach zu den Juſtizſachen ge-

---

[1]) §. 14 des Geſetzes vom 28. December 1831 hebt den § 9 Lit. F. des Organiſationsedicts vom Jahr 1809 auf.

[2]) §. 3 und 10 der Landesherrlichen Verordnung vom 18. Februar 1836 und §. 8 und 10 des Geſetzes vom 22. Juni 1837 heben die §§. 113 und 115 der Landzollordnung vom 2. Januar 1812 und den §. 108 der Acciſeordnung vom 4. Januar 1812 auf.

[3]) §. 1244 der Proceßordnung Ziff. 1 und 2 hebt den §. 8 der Beilage D. jenes Edictes auf.

[4]) §. 28 der Proceßordnung hebt den §. 10. Lit. C. der Beilage E. daſelbſt auf.

Digitized by Google

hören, den Gerichten naturgemäß wieder zurückgeſtellt werden ſollen.

Aus dieſen drei Hauptgründen habe ich für mich die Ueberzeugung, daß der §. 14 der Verfaſſungsurkunde an dem §. 8 Lit. a des Organiſationsedictes vom Jahr 1809 nichts geändert hat und deßwegen Bauſtreitigkeiten zwiſchen Staat oder Gemeinheiten und Unternehmern von öffentlichen Bauten, den Kreisregierungen dermalen noch zum Austrage zugewieſen verbleiben.

Fr. Joh. Müller. *)

V.

Oberhofgericht.

Weitere Geſchichte des Rechtsſtreits: In Sachen des Hofraths Jßel zu Freiburg, Names ſeines Sohnes Wilhelm Jßel gegen den Senat der Univerſität Freiburg wegen Genußberechtigung zur Babſtiſchen Familienſtiftung.

(Vergl. den zwölften Jahrgang Nr. 9 bis 13 und 36 bis 38 und den dreizehnten Jahrgang Nr. 10 und 11 dieſer Blätter.)

Nachdem das oberhofgerichtliche Urtheil vom 13. Juni 1844 erlaſſen und zugeſtellt war, zeigte ſich, daß der eigentliche Kläger, Wilhelm Jßel, welchen deſſen Vater vom Anfang des Proceſſes bis zu deſſen Schluß als ſeinen minderjährigen Sohn vertreten hatte, ſchon zu der Zeit der Einführung der Oberappellation volljährig geweſen. Derſelbe trat nun ſelbſt auf und ſuchte das ihm ungünſtige oberhofgerichtliche Urtheil dadurch zu beſeitigen, daß er

1) die vom beklagten Senat ergriffene Oberberufung als nicht gerechtfertigt, jenes Urtheil aber als gar nicht ergangen betrachtete und demzufolge bei Großherzoglichem Oberhofgerichte den Antrag ſtellte, die Canzlei anzuweiſen, die Acten an die Hofgerichtscanzlei mit der Bemerkung zurückzuſenden, die Oberappellation ſei innerhalb der Nothfriſt nicht gerechtfertigt worden.

Eventuell wollte der Oberappellant Wilhelm Jßel

2) die Oberappellation zwar als eingeführt gelten laſſen und verlangte Zuſtellung der Beſchwerdeſchrift und Anordnung einer Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung; und weiter eventuell

3) Aufhebung des Urtheils vom 13. Juni 1844 auf den Grund der §§. 84 und 92 Abſ I. und 1253 der Proceßordnung.

Für den Fall aber, daß alle dieſe Anträge verworfen werden ſollten, erhob Wilhelm Jßel

4) eine förmliche Wiederherſtellungsklage wegen Mangels der Rechtsbeſtändigkeit des Verfahrens und des Urtheils.

Alle obige Anträge und eben ſo die Wiederherſtellungsklage wurden vom beklagten Senat beſtritten und dem Kläger Eide darüber zugeſchoben, daß er um die Proceßführung ſeines Vaters gewußt, dieſelbe genehmigt und ſeinen Vater damit beauftragt habe; worauf Großherzogliches Oberhofgericht am 5. Juni l. J. folgendes Urtheil erließ:

Würde der Reſtitutionskläger Wilhelm Jßel in einer noch anzuberaumenden Tagfahrt ſchwören:

„Es iſt nicht wahr, daß ich meinen Vater beauftragt habe, mich in dem über meine Genußberechtigung zur Theobald Babſtiſchen Stiftung mit dem academiſchen Senate der Univerſität Freiburg geführten Rechtsſtreit in dritter Inſtanz zu vertreten" — ferner:

„Es iſt auch nicht wahr, daß dieſe meine Vertretung durch meinen Vater in dritter Inſtanz und namentlich die von ihm bewirkte Aufſtellung eines Anwalts mit meiner Einwilligung geſchehen iſt —" ſo wird derſelbe unter Verfällung der Reſtitutionsbeklagten in die Koſten gegen das diesſeitige Erkenntniß vom 13. Juni 1844 Nr. 2566 wieder in den vorigen Stand eingeſetzt und ſofort weitere Verfügung zur Verhandlung der Hauptſache erlaſſen werden.

Würde dagegen der Reſtitutionskläger die Ablegung des einen oder des andern dieſer Eide verweigern, ſo wird derſelbe unter Verfällung in die dadurch veranlaßten Koſten mit der erhobenen Reſtitutionsklage abgewieſen.

Die Entſcheidungsgründe waren folgende:

Der Rechtsſtreit, welcher durch das nun angefochtene oberhofgerichtliche Urtheil vom 13. Juni 1844 entſchieden wurde, iſt von Hofrath Jßel als dem geſetzlichen Vertreter ſeines damals minderjährigen Sohnes Wilhelm, in deſſen Namen begonnen und durch alle drei Inſtanzen fortgeführt worden.

Wenn nun Wilhelm Jßel anerkannter Maßen am

*) Aſſeſſor in Eppingen.

Digitized by Google

2. September 1843, mithin noch vor der am 25. deſſelben Monats erfolgten Publication des hofgerichtlichen Urtheils volljährig geworden, und von dieſer Zeit an das ſeinem Vater zugeſtandene geſetzliche Vertretungsrecht erloſchen iſt, ſo war Hofrath Jßel nicht legitimirt, den Proceß Namens ſeines Sohnes in dritter Inſtanz fortzuführen. Es hat demnach, ſofern ſich Hofrath Jßel auch in dritter Inſtanz als geſetzlicher Vertreter ſeines Sohnes gerirt hat, Wilhelm Jßel an den Verhandlungen dieſer Inſtanz weder in Perſon noch durch einen hiezu ermächtigten Stellvertreter Antheil genommen, und es iſt das dem Wilhelm Jßel günſtige hofgerichtliche Urtheil abgeändert worden, ohne daß dieſer mit ſeiner Vertheidigung gegen die dagegen eingewandte Oberberufung gehört wurde.

Obgleich nun die von Wilhelm Jßel zur Begründung der Behauptung, daß das Urtheil vom 13. Juni 1844 durchaus nichtig und wirkungslos ſei, angerufenen §§. 84 und 92 der Proceßordnung auf den vorliegenden Fall nicht ſchlechthin anwendbar ſind, indem der nicht im Namen ſeines Sohnes aufgetretene Hofrath Jßel, ſondern deſſen Sohn Wilhelm um deſſen Rechte geſtritten wurde, als Parthie zu betrachten iſt, dieſem letztern aber, während der Proceß in dritter Inſtanz anhängig war, weder die Fähigkeit der gerichtlichen Rechtsverfolgung noch die Legitimation zur Sache gemangelt hat, ſo liegt doch bei dem Umſtand, daß die Oberappellationsbeſchwerdeſchrift des beklagten Theils mit dem erfolgten Ladungsdecrete nicht, wie hätte geſchehen ſollen, dem ſeit der Beendigung des Verfahrens in zweiter Inſtanz großjährig gewordenen Wilhelm Jßel ſelbſt, ſondern deſſen Vater zugeſtellt worden, und daß der für den W. Jßel aufgetretene Anwalt nicht eine von dieſem ſelbſt, ſondern eine von deſſen Vater ausgeſtellte Vollmacht producirt hatte, ein dem durch §. 92 der Proceßordnung entſchiedenen ähnlicher Fall in ſofern vor, als nach der gegenwärtigen Actenlage anzunehmen iſt, daß der zur Vertheidigung des Klägers in dritter Inſtanz aufgetretene Vater deſſelben und der von demſelben beſtellte Anwalt zu der Namens des Klägers vorgenommenen Proceßhandlung nicht legitimirt waren.

Deſſen ungeachtet erſcheinen die drei erſten in der Eingabe des Klägers vom 21. Auguſt v. J. geſtellten Begehren ſchon aus dem Grunde unſtatthaft, weil der über dieſe Anträge und die eventuell damit verbundene Wiederherſtellungsklage vernommene Gegentheil im Wege der Einrede Thatumſtände vorgetragen hat, welche geeignet ſind, das oberhofgerichtliche Urtheil und das demſelben zu Grunde liegende Verfahren aufrecht zu erhalten; die nicht zu vermeidende Verhandlung und Entſcheidung über dieſe Einrede aber, bei dem in Mitte liegenden rechtskräftigen Erkenntniſſe und bei vorliegendem Streite über das Vorhandenſein von weſentlichen Vorausſetzungen der Rechtsbeſtändigkeit des dieſem Urtheile vorhergegangenen Verfahrens in keiner andern Form als der durch Proceßordnung §. 1251 ff. vorgeſchriebenen ſtattfinden kann.

Die hiernach allein in Betracht kommende Reſtitutionsklage iſt dagegen nicht nur begründet, ſondern auch rechtzeitig eingebracht worden.

Es verſteht ſich nämlich von ſelbſt, daß die Friſt, innerhalb welcher ein rechtskräftiges Erkenntniß durch die Reſtitutionsklage angefochten werden kann, erſt dann zu laufen beginnt, wenn gegen die Partei ein rechtskräftiges Erkenntniß vorliegt, wenn dieſelbe in die Lage geſetzt iſt, die Folgen, die aus der Beruhigung bei einem gegen ſie ergangenen Urtheile entſtehen, durch Ergreifung der Reſtitutionsklage von ſich abwenden zu müſſen.

In dieſe Lage wird aber eine Partei, in deren Namen ein unbefugter Dritter geſtritten hat, nur durch die an ſie geſchehene Verkündung und Zuſtellung des Urtheils verſetzt, und bevor dieſe im vorliegenden Falle bisher unterbliebene Eröffnung des Urtheils geſchieht, liegt gegen die Partei kein rechtskräftiges Erkenntniß vor, kann der Lauf der Reſtitutionsfriſt nicht beginnen, wenn auch die Partei von dem ergangenen Urtheil und dem ſie verletzenden Verfahren zufällig Kenntniß erlangt haben ſollte. Denn erſt im Acte der Publication liegt die Aufforderung, das Urtheil bei dem man ſich nicht beruhigen will, anzufechten. Die vom Gegentheil zur Beſeitigung des vorliegenden Mangels im Verfahren aufgeſtellte Behauptung, als ob die an Hofrath Jßel Namens ſeines Sohnes bewirkte Zuſtellung des Oberappellationslibells mit Hinblick auf §. 262 der Proceßordnung als an W. Jßel ſelbſt geſchehen betrachtet werden müſſe, iſt unbegründet, indem aus dem Rubrum des Appellationslibells und der darauf gefolgten Ladungsverfügung hervorgeht, daß Hofrath Jſel als geſetzlicher Vertreter ſeines Sohnes betrachtet wurde, und die an ſeine Perſon zu bewirkende Zuſtellung in der Abſicht des oberappellantiſchen Theils und des Gerichts lag, er daher auch die Zuſtellung für ſeine Perſon, und nicht als Hausgenoſſe ſeines Sohnes in Empfang genommen hat.

(Schluß folgt).

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen

der Großherzoglich Badiſchen Gerichte.

Vierzehnter Jahrgang. Nro. 52. Karlsruhe den 26. Dezember 1846.

I.

Oberhofgericht.

Weitere Geſchichte des Rechtsſtreits: In Sachen des Hofraths Jßel zu Freiburg, Names ſeines Sohnes Wilhelm Jßel gegen den Senat der Univerſität Freiburg wegen Genußberechtigung zur Babſtiſchen Familienſtiftung.

(Schluß).

Dagegen iſt die der Reſtitutionsklage entgegengeſetzte Behauptung, daß der Reſtitutionskläger ſeinen Vater mit ſeiner Vertretung in dritter Inſtanz beauftragt, oder daß er in dieſe ihm bekannt geweſene Vertretung und namentlich zu der von ſeinem Vater bewirkten Aufſtellung eines Anwalts für die dritte Inſtanz eingewilligt habe, erheblich, und zur Elidirung der Klage geeignet.

Wenn nämlich auch die behauptete Thatſache, daß der Reſtitutionskläger von dem unbefugten Auftreten ſeines Vaters in dritter Inſtanz Kenntniß gehabt habe, für ſich allein nicht genügt, um daraus ſchließen zu können, der Reſtitutionskläger habe eingewilligt, die Namens ſeiner vorgenommenen Handlungen gegen ſich gelten zu laſſen, ſo iſt derſelbe doch jedenfalls an die Proceßführung ſeines Vaters gebunden, wenn er denſelben mit ſeiner Vertretung wirklich beauftragt hat, indem dann der im Namen ſeines Sohnes aufgetretene Vater nicht als deſſen geſetzlicher, ſondern als deſſen bevollmächtigter Vertreter gehandelt haben würde, und der Reſtitutionskläger das, was ſein Bevollmächtigter in ſeinem Namen gethan hat, gegen ſich gelten laſſen müßte, wenn auch die Gegenpartei über die Eigenſchaft, in welcher der Vater Namens ſeines Sohnes auftrat, ſich im Irrthum befunden haben ſollte.

Aber auch ohne ausdrückliche Bevollmächtigung ſeines Vaters würde der Reſtitutionskläger die gepflogenen Verhandlungen gegen ſich gelten laſſen müſſen, wenn er nur zum Auftreten ſeines Vaters und namentlich zu der von dieſem ausgegangenen Aufſtellung des oberappellantiſchen Anwalts eingewilligt haben ſollte.

Da nämlich dieſer letztere in der That mit der Vertretung des Reſtitutionsklägers beauftragt worden iſt, denſelben auch durch Bekämpfung der Oberappellation wirklich vertreten hat, ſo würde ſich der Reſtitutionskläger durch ſeine Einwilligung zur Aufſtellung des Anwalts, deſſen Handlungen angeeignet, mithin durch ihn an den Verhandlungen Antheil genommen haben.

Zum Beweiſe dieſer vom Reſtitutionskläger widerſprochenen Behauptungen hat ſich der Reſtitutionsbeklagte der Eideszuſchiebung bedient.

Dieſem Rechtsmittel ſteht die Vorſchrift des §. 133 der Proceßordnung, wornach die Legitimation zum Proceß durch eine Vollmachtsurkunde nachgewieſen werden ſoll nicht entgegen. Sind nämlich die Gerichte auch angewieſen, während der Dauer eines Proceſſes nur die Vollmachtsurkunde als Beweismittel der Legitimation zum Proceß zuzulaſſen, ſo iſt doch die Uebergehung dieſer Vorſchrift nicht mit der Nichtigkeit der ſtattgehabten Bevollmächtigung und des ergangenen Urtheils bedroht, und es muß daher, wenn es ſich von der Rechtsbeſtändigkeit eines Urtheils handelt, welches auf Verhandlungen erfolgte, in welchen es an der Nachweiſung zur Proceßlegitimation fehlt, den Parteien geſtattet ſein, die Bevollmächtigung der aufgetretenen Vertreter durch alle im Civilrecht geſtatteten Beweismittel darzuthun.

Es mußte demnach die Zuläſſigkeit der gebotenen Reſtitution von den über dieſe Thatſachen zugeſchobenen Eiden,

Digitized by Google

wie geſchehen, abhängig gemacht werden, wobei es auf die der Klage entgegengeſetzte exceptio doli ſchon deshalb nicht weiter ankam, weil dieſelbe ſowohl in der Begründung als im Erfolg mit den auf den Eid gegebenen Einreden zuſammenfällt.

Wilhelm Jßel leiſtete den ihm auferlegten Eid, worauf das Großherzogliche Oberhofgericht durch Beſchluß vom 30. Juli 1845 ſein Erkenntniß dahin purificirte:

daß Wilhelm Jßel unter Verfällung des Reſtitutionsbeklagten in die Koſten gegen das Erkenntniß vom 13. Juni 1844 wieder in den vorigen Stand eingeſetzt und weitere Verfügung zur Verhandlung der Hauptſache erlaſſen werde.

Um dieſe weitere Verfügung zu bewirken, rechtfertigt der beklagte Senat wiederholt die Oberappellation gegen das hofgerichtliche Erkenntniß; was die gewöhnliche Ladungsverfügung an den Oberappellaten und nachſtehendes Urtheil zur Folge hatte:

wird auf das Urtheil des Großherzoglichen Hofgerichts des Oberrheinkreiſes vom 18. September 1843 Nr. 5172, I. Sen. des Inhalts:

das Urtheil des Stadtamts Freiburg vom 3. Juni d. J. beſagend:

Kläger wird, unter Verfällung in ſämmtliche Koſten, mit der erhobenen Klage lediglich abgewieſen, —

ſei unter Verfällung der appellatiſchen Studienſtiftung in die Koſten beider Rechtszüge dahin abzuändern:

der Kläger ſei ſeines evangeliſchen Glaubensbekenntniſſes ungeachtet fähig, in die gegenwärtig vacanter unterm 20. November 1837 ausgeſchriebene Theobald Babſt'ſche Familienſtiftung aufgenommen zu werden, und ſofort vorbehaltlich der Anſprüche gleichberechtigter Blutsverwandten des Stifters in den Genuß dieſes Stipendiums vom 15. Januar 1838 einzuweiſen, auch die Beklagte ſchuldig, nach den Beſtimmungen der Stiftungsurkunde die verfallenen Termine mit Zinſen zu 5 Procent, vom Tage der Zuſtellung der Klage, den 3. April 1842 an den Kläger binnen 4 Wochen zu bezahlen —

und auf die von der beklagten Appellatin dagegen ergriffenen Oberappellation nach geſetzlichen Verhandlungen zu Recht erkannt:

das gedachte hofgerichtliche Urtheil ſei, ſo weit der Kläger dadurch für berechtigt erklärt wird, ſeines evangeliſchen Glaubensbekenntniſſes ungeachtet, an dem Genuß des Theobald Babſtiſchen Studienſtipendiums Theil zu nehmen, zu beſtätigen, rückſichtlich ſeines weitern Inhalts aber dahin abzuändern: daß Kläger mit ſeinem Geſuche um Einweiſung in den Genuß des unter dem 20. November 1837 ausgeſchriebenen Stipendiums als vor den Gerichten nicht ſtattfindend, abzuweiſen ſei.

Die Entſcheidungsgründe zu dieſem Urtheile ſind folgende:

Der Beklagte, oberappellantiſche Theil, findet ſich durch das hofgerichtliche Urtheil vom 18. September 1842 beſchwert, einmal, weil darin ausgeſprochen wurde, daß der Kläger ſeines evangeliſchen Glaubensbekenntniſſes ungeachtet fähig ſei, in die unter dem 20. November 1837 ausgeſchriebene Babſt'ſche Studienſtiftung aufgenommen zu werden, und ſodann, weil derſelbe, vorbehaltlich der Anſprüche gleichberechtigter Blutsverwandten, in den Stiftungsgenuß eingewieſen worden iſt. Daß nun zunächſt die erhobene Beſchwerde, ſofern ſie ſich auf die Behauptung gründet, daß die Gerichte zur Entſcheidung dieſer Streitſache nicht competent ſeien, zwar in Beziehung auf den zweiten Theil des hofgerichtlichen Erkenntniſſes begründet, in Beziehung auf deſſen erſten Theil dagegen unbegründet, und daß ſonach von den Gerichten nur über die Frage zu entſcheiden iſt, ob dem Kläger, ſeines evangeliſchen Glaubensbekenntniſſes ungeachtet, das Recht zum Genuſſe der Babſt'ſchen Studienſtiftung zuſteht, iſt in den Entſcheidungsgründen zu dem unter dem 13. Juni 1844 ergangenen Urtheile bereits zur Genüge dargethan worden.

Obgleich aber der oberſte Gerichtshof aus den bei der vorgegangenen Entſcheidung entwickelten Gründen auch dermalen von der Anſicht ausgegangen iſt, daß die vorliegende Streitfrage nicht aus den ältern Reichsgeſetzen, ſondern nur aus der Babſt'ſchen Stiftungsurkunde zu entſcheiden ſei, ſo hat doch die nothwendig gewordene nochmalige Prüfung dieſer Urkunde nunmehr zu einem dem Kläger günſtigen Reſultate geführt.

Es enthalten nämlich die Beſtimmungen des Stiftungsbriefes:

„daß der Stifter die Abſicht habe, der ſtudirenden Jugend und fürnemlich denen, die ihm bluts-

halber verwandt ſein, eine Fundation und Stiftung aufzurichten:“

und

„daß aus ſeinen Blutsverwandten jeweils ſechs geſchickte Jünger zum Genuſſe des Stipendiums gewählt werden ſollen;“ —

für ſich allein betrachtet in ihrer allgemeinen Faſſung — den klaren unzweideutigen Ausſpruch:

„daß allen ſich den Studien widmenden Blutsverwandten des Stifters die Anwartſchaft auf den Stipendiengenuß ertheilt ſein ſoll.“ —

Da nun in keiner andern Stelle der Stiftungsurkunde mit beſtimmten Worten ausgeſprochen iſt, daß der Stiftungsgenuß an die Bedingung der Bekennung zum katholiſchen Glauben geknüpft ſein ſoll, ſo konnte man jedenfalls nur durch eine künſtliche Interpretation dahin gelangen, den allgemeinen, die Blutsverwandten aller Confeſſionen umfaſſenden, Worten des Stiftungsbriefes einen engeren, die Proteſtanten ausſchließenden Sinn abzugewinnen.

Einer ſolchen künſtlichen Interpretation ſteht aber ſchon entgegen:

I. Die ſpecielle Vorſchrift des Art. 20 des Organiſationsedicts vom 11. Hornung 1803, wornach bei den dort genannten Stiftungen der Genuß nur dann um der Religion willen verſagt werden darf, wenn dieſes in der Stiftungsurkunde befohlen oder ausgedrückt, d. h. mit ausdrücklichen Worten ausgeſprochen iſt.

Das gedachte Organiſationsedict ſtellt zwar in Beziehung auf kirchliche und weltliche Stiftungen den Grundſatz an die Spitze, daß dieſelben nach der Abſicht des Stifters vollzogen werden ſollen. Weil jedoch vorauszuſehen war, daß jeder Religionstheil ſich beſtreben werde, die Stiftungsurkunde zu ſeinen Gunſten auszulegen, ſo hat der Geſetzgeber für die Auslegung weltlicher Stiftungen, welche die Beſtimmung ihrer Religionseigenſchaft nicht ſchon in ſich ſelbſt tragen, die beſondere Regel aufgeſtellt, daß bei allen vor der Religionstrennung und eben ſo bei den nach derſelben gemachten Stiftungen, ſofern bei letzteren der Stifter das Gegentheil nicht ausgedrückt hat, angenommen werden ſoll, daß der Stifter den Stiftungsgenuß nicht an das Bekenntniß zu einer beſtimmten Confeſſion habe knüpfen wollen.

Schon daraus, daß der Art. 20 des Organiſationsedicts eine beſondere Regel für die Auslegung der dort genannten Stiftungen aufſtellt, ergibt ſich, daß unter dem ausgedrückten Willen des Stifters, der in klaren Worten ausgeſprochene und nicht ein nach den gewöhnlichen Interpretationsregeln erſt zu ermittelnder Wille zu verſtehen iſt. Jedenfalls verdient dieſe mit den Worten übereinſtimmende Auslegung den Vorzug einestheils, indem dadurch den Stiftern im Zweifel die Abſicht unterſtellt wird, welche der über dem Streite der Confeſſionen ſtehende Geſetzgeber für die beſſere halten mußte, anderntheils aber, indem auf dieſe Weiſe beſſer für Rechtsgleichheit und Rechtsſicherheit geſorgt iſt, als wenn es den Auslegern überlaſſen bleibt, den mit der religiöſen Anſchauungsweiſe zuſammenhängenden Willen des Stifters unter ganz veränderten Zeiten und Umſtänden aus andern Quellen, als deſſen klaren Worten zu ermitteln. Es ſpricht zwar der Art. 20 des III. Organiſationsedicts ausdrücklich nur von Spitälern, Siechenhäuſern und Allmoſengaben, allein — auch abgeſehen davon — daß auch ein Studienſtipendium die Natur eines Allmoſens hat, ſo iſt jene Geſetzesſtelle mindeſtens analog auf alle weltlichen Stiftungen anwendbar, welche nicht ſchon, wie die kirchlichen, ihre Religionseigenſchaft in ſich ſelbſt tragen, eine ſolche vielmehr erſt durch den erklärten Willen des Stifters erhalten können.

Studienſtipendien, durch welche die Beförderung des bürgerlichen Wohles der damit Bedachten bezweckt wird, gehören aber, was den Genuß betrifft, unzweifelhaft zu den weltlichen Stiftungen, — III. Organiſationsedict Art. 11, und wenn im Art. 7 §. 1 des weſtphäliſchen Friedens die Stipendien als Zubehörden der Tempel, Schulen und Hospitäler genannt werden, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß ſich dieſes nur auf die Verwaltung und rückſichtlich des Genuſſes nur auf ſolche Stipendien bezieht, auf welche in Folge der Stiftung nur ein Religionstheil Anſpruch hat, unter welcher Vorausſetzung allein auch die in der Regel nicht zum Kirchenvermögen gehörigen Hospitäler dort neben den Kirchen und Schulen aufgeführt werden konnten.

Daß die Verwaltung der Babſt'ſchen Studienſtiftung der katholiſchen Univerſität Freiburg oder eigentlich dem jeweiligen Rector und Regenten übertragen iſt, gibt die-

Digitized by Google

ſer Anſtalt zwar das ihr auch nicht beſtrittene Recht der Verwaltung, hat aber auf das Recht zum Stiftungsgenuſſe keinen Einfluß, und kann daher die Stiftung, was den Genuß betrifft, zu keiner kirchlichen machen.

Wollte man aber auch eine künſtliche — auf bloße Schlußfolgerungen gebaute — Auslegung der nach der Religionstrennung gefertigten Stiftungsurkunde nicht ſchon durch das erwähnte Specialgeſetz für ausgeſchloſſen erachten, ſo würden einer ſolchen

II. auch die dermalen geltenden allgemeinen Auslegungsregeln entgegenſtehen.

Nach L. R. S. 1100 d. a. gelten die für die Auslegung der Verträge gegebenen Vorſchriften auch für die Auslegung von Schenkungen und Vermächtniſſen, ſoweit dieſelben nicht mit den für die Letzteren vorgeſchriebenen beſondern Auslegungsregeln im Widerſpruche ſtehen.

Für Auslegung von Verträgen ſtellt aber der L. R. S. 1156 a. die beſtimmte Vorſchrift auf, daß eine außerhalb der Vertragsurkunde erhobene Abſicht den Worten des Vertrags nur dann entgegengeſtellt werden kann, wenn aus dem Zuſammenhange der Urkunde ein Widerſpruchsſchein oder eine Unerklärlichkeit hervorgeht, und eine Auslegungsbedürftigkeit herbeiführt.

Die im Landrechtſatz 1100 d. a. für die Auslegung von Vermächtniſſen gegebene Vorſchrift, daß einer außerhalb der Urkunde geſchöpften Abſicht die Kraft beizulegen iſt, das nicht zu verfügen, was erweislich nicht in der Abſicht des Gebers lag, jedoch etwa aus den Worten gefolgert werden könnte, kann daher mit Hinblick auf L. R. S. 1156 a. nur dann zur Anwendung kommen, wenn *eine aus der Urkunde* ſich ergebende Unerklärlichkeit, oder ein Widerſpruchsſchein den Ausleger überhaupt berechtigt, auf außerhalb der Urkunde gelegene Momente zu recurriren.

Das Verbot der rückwirkenden Kraft der Geſetze ſteht der Anwendung der jetzt beſtehenden Auslegungsregeln auf die unter älteren Geſetzen entſtandenen Rechtsgeſchäfte nicht entgegen; denn das Verbot der Rückwirkung bezieht ſich nur auf erworbene Rechte; wenn es ſich aber von der Auslegung eines Rechtsgeſchäfts handelt, haben die Intereſſenten nur das Recht, zu verlangen, daß der Richter diejenigen ſeinem Denk- und Schlußvermögen gegebenen Vorſchriften beachte, welche zur Zeit ſeiner Anrufung gelten.

Es verhält ſich mit den Auslegungsregeln wie mit den Proceßgeſetzen, wie dieſe die äußere, ſo reguliren jene die innere Thätigkeit des Richters, ſie enthalten die Verzeichnung des Weges, auf welchem der Richter zur Auffindung des wahren Sinnes menſchlicher Willenshandlung gelangen ſoll, nnd -- ſowie das Recht nur in den jeweils geltenden äußeren Proceßformen geſucht und verfolgt werden kann, ſo hat ſich der Richter auch nur an die jeweils geltenden Auslegungsregeln zu halten *).

Nur dann, wenn aus den Worten und den Zuſammenhang der *Babſt'ſchen* Stiftungsurkunde ein Widerſpruchsſchein, oder eine Unerklärlichkeit hervorgehen würde, wäre es daher dem Richter geſtattet, die Abſicht des Stifters außerhalb der Stiftungsurkunde zu erheben.

Ein ſolcher Fall liegt jedoch hier nicht vor.

Es hat zwar der Stifter im Eingange des Stiftungsbriefes geſagt:

„Wie er mehrere Mal mit ſonderem Fleiß zu Herzen geführt und betrachtet, daß er von ſeinen Eltern und Blutsverwandten gar wenig ererbt, daß er durch eigene große Mühe, Arbeit und Fleiß ſein Vermögen erworben habe, daß es ein ſonder, hochlöblich, gut, nützlich und nothwendig Werk ſei, die Jugend zu der Lehr und guten Künſten (durch welche die Chriſtenheit und unſer unzweifelhafter Glaube erhalten werden) zu fördern, und den Hilf und Beiſtand zu thun, und daß er deshalb und aus andern Gott unverborgenen Gründen, den Entſchluß gefaßt habe, der ſtudirenden Jugend und namentlich ſeinen Blutsverwandten eine Stiftung zu errichten;“

und es will vorzugsweiſe zwiſchen der Aeußerung des Stifters:

„daß es ein nützlich und nothwendiges Werk ſei, die Jugend zu der Lehr und guten Künſten (*durch welche die Chriſtenheit und unſer unzweifelhafter Glaube erhalten werde*) zu fördern;“

*) Das Gegentheil anzunehmen hieße der *Geſetzgebung* in einem wichtigen Theil ihrer Thätigkeit den *Fortſchritt verbieten*.
D. E.

Digitized by Google

und der allgemeinen Berufung ſeiner Blutsverwandten ein Widerſpruch gefunden, und zu deſſen Hebung der Schluß gezogen werden, daß es ſeine Abſicht geweſen ſei, die Stiftung nur ſeinen Verwandten kathol. Confeſſion angedeihen zu laſſen.

Ein Widerſpruch, oder eine Unerklärlichkeit des Inhalts einer Urkunde iſt aber, wenn die einzelnen Beſtimmungen ſelbſt klar ſind, nur dann vorhanden, wenn Einzelne derſelben ihrem Wortlaute nach nicht neben einander beſtehen können, und nur in einem ſolchen Falle iſt es der Auslegung geſtattet, die Worte der erkennbaren Abſicht zu opfern.

So wenig aber die einzelnen Sätze der Urkunde — für ſich betrachtet, dunkel ſind, inſofern der Stifter darin ausſpricht, einmal, daß er den katholiſchen Glauben für den unzweifelhaft wahren halte, ſodann daß er den Wiſſenſchaften und Künſten die Kraft beilege, auf die Beförderung und Erhaltung des katholiſchen Glaubens zu wirken, und endlich, daß er zur Förderung dieſer Wiſſenſchaften und Künſte den Entſchluß gefaßt habe, der ſtudirenden Jugend, und namentlich ſeinen Blutsverwandten, ſeine Stiftung zu errichten, ebenſowenig beſteht zwiſchen dieſen einzelnen Beſtimmungen unter ſich ein Widerſpruch oder eine Unerklärlichkeit, welche nur durch ein Abgehen von dem klaren Wortlaute der Sätze gehoben werden könnte. Daß Dieß nicht der Fall iſt, und daß namentlich die in der allgemeinen Faſſung ausgedrückte Berufung aller Blutsverwandten des Stifters neben der Anſicht, welche derſelbe über den katholiſchen Glauben und die Wiſſenſchaften und Künſte ausſpricht, beſtehen kann, geht ſchon aus der Betrachtung hervor, daß die Dispoſition des Stifters, wenn er, — ſtatt ſeine Blutsverwandten im Allgemeinen, ausdrücklich ſeine Blutsverwandten aller Confeſſionen zum Stiftungsgenuß berufen hätte, der vorausgeſchickten Bemerkungen ungeachtet, nicht als dunkel oder mit ſich ſelbſt im Widerſpruche ſtehend, angeſehen und dahin hätte interpretirt werden können, als habe der Stifter, ſeiner entgegenſtehenden klaren Worte ungeachtet, nur ſeine Verwandten katholiſcher Confeſſion berufen wollen.

Dieß müßte aber der Fall ſein, wenn man zwiſchen der vom Stifter erklärten Anſicht, daß mittelſt Beförderung der Studien auch für Erhaltung des kath. Glaubens gewirkt werde, und zwiſchen der Berufung auch nicht katholiſcher Verwandten zum Stiftungsgenuß einen unvereinbaren, das Weſen der Stiftung ergreifenden, Widerſpruch finden könnte.

Es beſteht aber auch wirklich zwiſchen der vom Stifter ausgeſprochenen Abſicht, die Wiſſenſchaften zu befördern, welche nach ſeiner Meinung zur Förderung und Erhaltung des katholiſchen Glaubens dienen, und zwiſchen der ausgeſprochenen Berufung ſeiner Verwandten (und damit auch jener evangel. Confeſſion) kein ſolcher unvereinbarer Widerſpruch, welcher die Anwendung einer beſchränkenden Interpretation erforderlich machen und rechtfertigen könnte.

Denn war der Stifter von der Wahrheit ſeines Glaubens durchdrungen und ging er von dem Geſichtspunkte aus, daß nicht nur das Studium der Theologie, ſondern jedes wiſſenſchaftliche Studium die Erkenntniß der Wahrheit ſeines Glaubens zu befördern und herbeizuführen geeignet ſei, ſo konnte er wenigſtens den Studien dieſe Wirkung auch in Beziehung auf ſeine vom katholiſchen Glauben abgefallenen Verwandten beilegen und es läßt ſich demnach aus ſeiner Anſicht von den Wiſſenſchaften und deren Einfluß auf den Glauben durchaus kein ſicherer Schluß dahin ziehen, daß es ſeine Abſicht geweſen ſei, Nichtkatholiken von der Stiftung auszuſchließen.

Inſofern es aber überhaupt auf die Erforſchung der Abſicht des Stifters ankäme, müßte jedenfalls die Anſicht den Vorzug verdienen, welche mit der, wenn auch im Allgemeinen, doch klar ausgeſprochenen, Berufung aller Verwandten zum Stiftungsgenuſſe im Einklange ſteht, nicht aber Jene, welche die gebrauchten Worte mit der erklärten Abſicht in Widerſtreit zu bringen geeignet wäre. So wenig aber hiernach in der erwähnten Stelle aus der Einleitung des Stiftungsbriefes eine Veranlaſſung liegt, die für ſich klaren Worte der Dispoſition einer Interpretation zu unterwerfen, ebenſowenig wird eine ſolche durch die weiteren Beſtimmungen des Stiftungsbriefes erforderlich, daß die Stipendiaten ihre Wohnung in den Burſen oder bei einem Magiſter oder Doctor, ſo der Univerſität verwandt iſt, nehmen, und daß ſie bei ihrer Aufnahme einen Eid zu Gott und den Heiligen ab-

Digitized by Google

legen ſollen; indem, einſtweilen abgeſehen von Allem andern, dieſe Stellen, für ſich betrachtet, und ohne Hinzuziehung anderer, nicht in dem Stiftungsbriefe enthaltener Umſtände mit der Berufung proteſtantiſcher Stipendiaten nicht im Widerſpruche ſtehen.

Allein — auch abgeſehen davon, daß nach dem Obigen ſowohl ein ſpecielles Geſetz als die allgemeinen Auslegungsregeln den Babſt'ſchen Stiftungsbrief gegen die von dem academiſchen Senate beabſichtigte künſtliche Interpretation ſchützen, ſo würde eine ſolche Interpretation, wenn ſie auch zuläſſig wäre,

III. doch nicht zu dem Reſultate führen, daß angenommen werden könnte, der Stifter habe nur ſeine Verwandte katholiſcher Confeſſion zum Stiftungsgenuſſe berufen wollen.

Daß eine ſolche Abſicht nicht aus der Stelle des Stiftungsbriefes gefolgert werden kann, in welcher der Stifter ſagt:

> „wie ich dann hiermit und in Kraft dieſes in beſter beſtändiger Form, Maaß und Weiß der Rechten und löblichen Gewohnheit zum kräftigſten und beſtändigſten thun ſoll, kann oder mag, dieſelbige Stiftung, Fundation und Ordnung fundire, ordne und ſtifte“

bedarf keiner Ausführung, indem ſich die Worte: „löbliche Gewohnheit“ offenbar auf die Rechtsbeſtändigkeit und die Beobachtung der Formalien des ausgeſprochenen Willens des Stifters, nicht aber, wie behauptet werden will, auf die damals in Freiburg übliche Gewohnheit bezieht, Nichtkatholiken von Studienſtipendien auszuſchließen.

Was aber die im Eingange des Stiftungsbriefs vorkommende Stelle betrifft:

> „daß es ein nützlich und nothwendig Werk ſei, die Jugend zu der Lehr und guten Künſten (durch welche die Chriſtenheit und unſer unzweifelhafter Glaube erhalten werde) zu fördern und den Hilf und Beiſtand zu thun, und daß er (der Stifter) deshalb und aus andern Gott unverborgenen, Gründen den Entſchluß gefaßt habe, der ſtudirenden Jugend und namentlich ſeinen Blutsverwandten eine Stiftung zu errichten,“

ſo erklärt hier der Stifter keineswegs die Erhaltung des katholiſchen Glaubens als ſeinen nächſten Zweck der Stiftung, ſondern als ſolchen bezeichnet er ausdrücklich die Förderung der Künſte und Wiſſenſchaften und die Unterſtützung der denſelben ergebenen Jünglinge und vor Allen ſeiner Verwandten.

Der Erhaltung des katholiſchen Glaubens durch die Pflege der Wiſſenſchaften erwähnt der Stifter dagegen nur als eines Motivs, welches ihn bewog, die Wiſſenſchaften für vorzüglich zu halten, und für deren Beförderung zu ſorgen.

Wollte man nun auch wirklich annehmen, wofür aber, wie ſchon oben bemerkt wurde, — der Stiftungsbrief keine genügenden Gründe darbietet, es ſei der Stifter von der Meinung ausgegangen, die Wiſſenſchaften könnten nur dann zur Erhaltung des katholiſchen Glaubens dienen, wenn dieſelben von den im katholiſchen Glauben gebliebenen Jünglingen erlernt und betrieben werden, ſo würde hieraus immer nur ſoviel folgen, daß die Berufung aller Verwandten zum Stiftungsgenuß dieſem ausgedrückten Motive nicht entſprechend wäre. Wenn aber, wie im vorliegenden Falle, die ſchon für ſich klaren Worte der Dispoſition, durch welche die Verwandten ohne Unterſchied zum Stiftungsgenuſſe berufen werden, dem ausgeſprochenen nächſten Zwecke entſprechen, ſo kommt es auf die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Motive des Stifters, wie allgemein anerkannt iſt, nicht weiter an, indem ſich ein Stifter nur in ſeinem Recht befindet, wenn er, aus was immer für innern Gründen, ſogar wiſſentlich falſche Motive für eine Verfügung namhaft macht.

Duttlinger, Archiv I. S. 221 und 222.

Jedenfalls hat aber der Stifter nach dem Inhalte des Stiftungsbriefes nicht nur die in einem Zwiſchenſatze gedachte Erhaltung des katholiſchen Glaubens vor Augen gehabt, ſondern er hat auch nebſt andern nicht ausgedrückten Beweggründen die Wiſſenſchaften fördern, und eingedenk ſeiner eigenen früheren dürftigen Lage ſtudirende Jünglinge und namentlich ſeine Verwandten unterſtützen wollen, und daß ihm beſonders die Sorge für dieſe Letzteren am Herzen lag, geht aus mehreren Stellen des Stiftungsbriefes unzweideutig hervor.

Sollte nun auch der Stifter wirklich, inſofern er einerſeits zur Erhaltung des katholiſchen Glaubens beitragen, andrerſeits die Wiſſenſchaften überhaupt fördern und dürf-

Digitized by Google

tige Jünglinge, namentlich ſeine Verwandten unterſtützen wollte, durch dieſe verſchiedenen Beweggründe in einen innern Conflict gebracht worden ſein, von welchem übrigens in der Stiftungsurkunde keine Spur zu finden iſt, ſo fehlt es doch an jedem Anhaltspunkte dafür, daß ſich der Stifter in dieſem Conflicte zu Gunſten des katholiſchen Glaubens entſchieden habe, daß ihm eine confeſſionelle Gemeinſchaft mehr gegolten habe, als die Bande des Blutes, und es kann dieß auch aus der Stellung des Stifters, und aus der Zeit, in der er lebte, um ſo weniger gefolgert werden, als derſelbe nur einen Theil ſeines Vermögens zur Studienſtiftung beſtimmt, einen andern nicht unbeträchtlichen Theil ſeines Vermögens dagegen ſchon im Voraus durch Stiftung eines Collegiums lediglich zur Förderung des katholiſchen Glaubens verwendet zu haben ſcheint.

Gerade deshalb aber, weil aus der Stiftungsurkunde nicht entnommen werden kann, daß der Stifter mit ſeinen verſchiedenen Beweggründen in einen Conflict gerathen wäre, muß auch ſeine Dispoſition, durch welche er, ohne einen Confeſſionsunterſchied zu machen arme Jünglinge und Verwandte berufen hat, als ſein wahrer Willen betrachtet werden.

Noch weniger ſind die anderen, ſchon obenerwähnten, Stellen des Stiftungsbriefs geeignet, zu beweiſen, daß der Stifter den Stipendiengenuß an die Bedingung des Bekenntniſſes zum kathol. Glauben habe knüpfen wollen. Wenn nämlich auch wirklich nur kathol. Studenten in die Burſen aufgenommen werden konnten, ſo hat doch der Stifter den Stipendiaten das Wohnen in den Burſen nicht unbedingt zur Pflicht gemacht, ſondern ihnen auch den Aufenthalt bei einem Magiſter oder Docter geſtattet, und überhaupt nach ſeiner erklärten Abſicht nur deßhalb Vorſorge für eine beſtimmte Wohnung getroffen, damit die Stipendiaten in guter Furcht und Zucht erhalten werden und nicht Urſache zur Hinläſſigkeit haben.

Was aber den Eid betrifft, den die Stiftlinge bei ihrer Aufnahme zu Gott und den Heiligen ſchwören ſollten, ſo iſt, auch abgeſehen davon, daß das Glaubens-Bekenntniß der Proteſtanten der Ablegung eines ſolchen Eides nicht entgegen ſtehen dürfte, hierin nur eine, damals übliche Eidesformel gewählt worden, und das Weſentliche dieſer Stelle beſteht darin, daß die Stiftlinge die gute Verwendung des Stipendiums eidlich angeloben ſollen, nicht aber in der ſeither auch verlaſſenen Form dieſes Eides.

Allen innerhalb und außerhalb der Stiftungsurkunde geſchöpften Argumenten, aus welchen den in ihrer Allgemeinheit klaren Worten des Stiftungsbriefes der Sinn unterlegt werden ſoll, als habe der Stifter alle Nichtkatholiken vom Stiftungsgenuſſe ausſchließen wollen, ſteht übrigens noch folgende Betrachtung entgegen.

Es ſind nur zwei Fälle möglich; entweder hat der Stifter bei Fertigung der Stiftungsurkunde daran gedacht, daß ſeiner Zeit auch Nichtkatholiken das Stipendium in Anſpruch nehmen könnten, oder er hat hieran nicht gedacht.

Hätte er an einen ſolchen Fall nicht gedacht, was nur aus einer Gleichgiltigkeit gegen die Religionstrennung erklärlich wäre, und deßhalb ſchon im Voraus gegen die Abſicht ſprechen müßte, Nichtkatholiken von der Stiftung auszuſchließen, ſo würde dieß nicht hinreichen, die allgemeinen Worte des Stiftungsbriefes ſo zu deuten, als hätten damit die Nichtkatholiken ausgeſchloſſen werden ſollen.

Es ergibt ſich dieß zunächſt ſchon aus dem oben angeführten Artikel 20 des zweiten Organiſations-Edicts vom Jahr 1803.

Denn wenn bei Stiftungen, die vor der Religionstrennung errichtet wurden, die Religionsverſchiedenheit deßhalb nicht in Betracht kommen darf, weil der Stifter an eine ſolche noch nicht denken konnte, ſo kann die Religionsverſchiedenheit noch viel weniger dann in Betracht kommen, wenn der Stifter zwar in der Lage war, dieſelbe berückſichtigen zu können, an dieſelbe aber nicht gedacht hat.

Abgeſehen hievon, ſprechen zwar Alle, in den Entſcheidungsgründen zum hofgerichtlichen Urtheile vom 13. Juni 1844 geltend gemachten Gründe dafür, daß der Stifter die Möglichkeit der Concurrenz proteſtantiſcher Bewerber nicht vorausgeſehen haben mag, es iſt aber weder innerhalb noch außerhalb der Stiftungsurkunde ein Moment aufgefunden worden, welches mit Zuverläſſigkeit darauf ſchließen ließe, daß der Stifter, wenn ihm jene Möglichkeit vorgeſchwebt hätte, die Bande der Confeſſion über jene des Bluts geſtellt und jener zu lieb proteſtantiſche Verwandte ausgeſchloſſen haben würde.

Da aber der Stifter in den gewählten allgemeinen Ausdrücken auch ſeine Verwandten proteſtantiſcher Con-

Digitized by Google

feſſion wirklich berufen hat, ſo iſt der Richter nicht befugt, ſchon deßhalb jener allgemeinen Beſtimmung eine engere zu ſubſtituiren, weil er vermuthet, der Stifter habe an einen unter der allgemeinen Beſtimmung begriffenen Fall nicht gedacht.

Sollte dagegen der Stifter an den nun eingetretenen Fall gedacht haben und hat er demungeachtet, ohne den Ausſchluß einer Confeſſion auszudrücken — dürftige Jünglinge und ſeine Verwandten im Allgemeinen berufen, ſo muß angenommen werden daß der Ausſchluß der einen Confeſſion nicht in ſeiner Abſicht lag.

Es ſprechen aber auch dafür, daß der Stifter in dem Bewußtſein ſtiftete, daß dereinſt Proteſtanten auf ſeine Stiftung Anſpruch machen könnten, ſehr erhebliche Momente.

Die Stellung des Stifters, die Zeit, in welcher, und die Umſtände, unter welchen er ſtiftete (die Stiftung erfolgte nämlich kurz nach dem Schluſſe des Tridentiniſchen Conciliums, und in einer Zeit, in welcher ſich die neue Lehre ſchon in Elſaß, der Heimath des Stifters, und in der Nähe von Freiburg ausgearbeitet hatte), rechtfertigen die Vermuthung, daß er ſich vielfältig mit der Religionstrennung beſchäftigt und eine weitere Verbreitung der Reformation nicht für unmöglich gehalten haben mag.

Daß man aber bei der Univerſität Freiburg ſich wirklich nicht gegen das Eindringen der Proteſtanten geſichert hielt, geht aus verſchiedenen, zu den Acten gebrachten Stiftungsbriefen hervor, in welchen gegen ein ſolches Ereigniß Vorkehrungen getroffen werden.

Wenn nun aber nach der eigenen Behauptung des academiſchen Senats *) der Stifter Babſt ſelbſt nicht nur im Jahre 1550 den Behr'ſchen Stiftungsbrief, in welchem die Hoffnung ausgeſprochen iſt, daß die Stipendiaten gute Prädikanten gegen die lutheriſche Secte werden mögen, verfaßt, ſondern auch ganz kurz vor ſeiner eigenen Stiftung Kenntniß von dem Braun'ſchen Stiftungsbrief erhalten hat, in welchem Proteſtanten ausdrücklich vom Stiftungsgenuſſe ausgeſchloſſen werden, ſo iſt es kaum glaublich, daß Babſt ſich bei der eigenen Stiftung der Religionstrennung gar nicht errinnert oder doch ein Eindringen des Proteſtantismus in ſeine Familie, in die Stadt und an die Univerſität Freiburg für etwas ganz Unmögliches gehalten haben ſollte.

Allerdings hätte der Stifter, wenn ihm eine ſolche Möglichkeit vorſchwebte und er den Stiftungsgenuß nicht von der Religionseigenſchaft abhängig machen wollte, dieß beſſer ausdrücklich ausgeſprochen.

Er konnte indeſſen in ſeiner Stellung Gründe genug finden, eine beabſichtigte Zulaſſung der Proteſtanten nicht ausdrücklich auszuſprechen, während kein Grund erſichtlich iſt, der ihn hätte beſtimmen mögen, deren beabſichtigten Ausſchluß in der Stiftungsurkunde zu verſchweigen.

Es läßt ſich ganz wohl unterſtellen, daß der Stifter zwar zunächſt die Gegenwart berückſichtigte und ſeine Stiftung derſelben anzupaſſen ſuchte, durch die uneingeſchränkte Berufung ſeiner Verwandten und dürftiger Jünglinge zum Stiftungsgenuſſe aber zugleich den Fortbeſtand und den beabſichtigten Erfolg ſeiner Stiftung auch für veränderte Zeiten und Umſtände ſichern wollte.

Es iſt mindeſtens unwahrſcheinlich, daß der Stifter dem Wunſche, für Erhaltung des katholiſchen Glaubens zu ſorgen, das Gewicht beigelegt haben ſollte, daß er demſelben den Fortbeſtand ſeiner Stiftung in der Weiſe habe unterordnen wollen, daß dieſe gänzlich aufhören ſollte, wenn ſie nicht mehr zum Frommen des katholiſchen Glaubens wirken könne, was z. B. der Fall ſein würde, wenn die Univerſität Freiburg ebenſo eine proteſtantiſche geworden wäre, wie ſie früher eine katholiſche war. Zu dieſer Folgerung müßte man aber gelangen, wenn man die Stiftungsurkunde auf die vom academiſchen Senat beantragte Weiſe interpretiren wollte.

Jedenfalls wird ſich aber aus Obigem ſoviel ergeben, daß es zweifelhaft bleibt, ob der Stifter eine andere als die in den gebrauchten Worten ausgedrückte Abſicht gehabt hat.

Von der in einer Urkunde ausgedrückten Beſtimmung darf aber nach allen Interpretationsregeln nur dann abgegangen werden, wenn eine andere Abſicht klar und unzweideutig nachgewieſen werden kann.

Aus dieſen Gründen mußte, was die Hauptſache bebetrifft, das hofgerichtliche Urtheil rückſichtlich der in ſeinem erſten Theile enthaltenen Beſtimmungen beſtätigt, rückſichtlich der im zweiten Theile enthaltenen Entſcheidung dagegen als incompetent erlaſſen aufgehoben werden.

v. Soiron.

*) Näher ausgeführt in der gelehrten Denkſchrift des Profeſſor Buß. D. E.

Redakteur: Oberhofgerichtsrath Bayer in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Beiblatt

zu den

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte,

enthaltend

Entſcheidungen franzöſiſcher Gerichtshöfe,

insbeſondere

des Caſſationshofs,

über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 1. Karlsruhe den 10. Januar 1846.

1.

Ein Vermächtniß, welches der Erblaſſer ſelbſt als „Erbvermächtniß“ bezeichnet, verliert dieſe Eigenſchaft dadurch nicht, daß er das bloße Eigenthum ſeiner unbeweglichen Güter andern Vermächtnißnehmern hinterlaſſen, und dem Erbnehmer nur die Nutznießung daran vorbehalten hat.

C. c. Art. 1003. 1010.
Sirey 1843. I. S. 859–862.

Outters hinterließ einen letzten Willen, deſſen Eingang alſo gefaßt iſt: „Ich ſetze meine Gattin, Marie Johanne Verſeille, zu meiner Erbnehmerin ein, jedoch mit folgenden Auflagen: Ich gebe und vermache den Enkeln meines Oheims, Dominikus Outters, das Eigenthum an meinen unbeweglichen Gütern, welches ſie entweder ſelbſt genießen ſollen, oder durch ihren Vater nach dem Hinſcheiden meiner Frau, die kraft des oben erwähnten Erbvermächtniſſes, ſo lange ſie lebt, die Nutznießung daran haben wird. Die mit dem Eigenthum Bedachten ſollen gehalten ſein, dieſe Güter für ihre ſchon geborenen oder noch zukünftigen Kinder bis zur zweiten Generation aufzubewahren u. ſ. w.“ Im weiteren Contexte des Teſtaments wird die Ehefrau des Erblaſſers noch einmal Erbnehmerin genannt. — Die Blutserben verlangten nun, daß die den Enkeln des Dominikus Outters hinterlaſſenen Vermächtniſſe wegen der Aftererbſetzung, die ſie enthielten, für nichtig erklärt würden, und beſtritten hierbei der Wittwe Outters das Recht auf den Heimfall dieſer ungiltigen Vermächtniſſe, da ſie nicht Erbnehmerin, ſondern nur Erbtheilnehmerin ſei. Das Tribunal von Dünkirchen, und der königl. Gerichtshof von Donac wieſen die Blutserben ab, und ebenſo der Caſſationshof. Zur Begründung der Caſſation hatten ſie angeführt, daß der von dem Erblaſſer gebrauchte Namen einem Vermächtniſſe die ihm geſetzlich zukommende Eigenſchaft nicht benehmen könne, wenn dieſe aus dem Inhalte des Teſtaments hervorgehe. Dieß ſei aber hier der Fall, denn wem das Eigenthum an einer Quote, oder an einem beſtimmten Theile der Erbſchaft entzogen, und nur die Nutznießung daran überlaſſen ſei, repräſentire nicht den Erblaſſer, da dieſes letztere Recht mit dem Tode des Nutznießers erlöſche, er könne daher auch nicht Erbnehmer ſein. — Die Entſcheidungsgründe der Gerichtshöfe lauten im Weſentlichen dahin: Wenn einem Vermächtniſſe der Charakter eines Erbvermächtniſſes in beſtimmten Ausdrücken beigelegt ſei, ſo könne ihm derſelbe nur durch ſolche Verfügungen entzogen werden, welche eine entgegengeſetzte Abſicht des Erblaſſers klar zeigten, und mit einem Erbvermächtniſſe unvereinbar ſeien, ſo daß alſo nur aus Rechtsirrthum der Erblaſſer die Benennung Erbvermächtniß gebraucht haben könnte. Solche Beſtimmungen ſeien aber in dem Teſtamente nicht enthalten, und aus der Ueberlaſſung des Eigenthumes eines beſtimmten Theiles der Hinterlaſſenſchaft an Dritte könne dieſes um ſo weniger gefolgert werden, als der Erblaſſer ausdrücklich beigefügt habe, daß ſeiner Gattin kraft des ihr zukommenden „Erbvermächtniſſes“ die Nutznießung gebühre.

20. November 1843.

Digitized by Google

2.

Ein von ſeinem Klienten bezahlter Notar iſt demſelben für die aus einem irrigen Rathe entſtehenden Nachtheile verantwortlich *).

C. c. Art. 1383.
Sirey 1843 I. S. 862—863.

Die Ehegatten St. Val verkauften am 23. Februar 1829 mittelſt eines durch Notariatsakt beurkundeten Vertrages an Louis Germain ein Landgut. Dieſer hatte jedoch nur ſeinen Namen zu dem Kaufe hergegeben, welcher in der That für die Ehegatten Valery abgeſchloſſen war, und denen er ſich in einer Gegenurkunde verpflichtet hatte, auf die erſte Anforderung hin von dem Gute abzutreten. — Im Jahre 1830 erklärten Germain und Valery dem Notar Lemoine-Maudet unter Vorlage einer Ausfertigung des Kaufvertrages vom 23. Februar 1829 das Vorhaben, die Gegenurkunde wirkungslos zu machen, und Germain das Eigenthum des von ihm für Valery erkauften Gutes zu überlaſſen. L.-Maudet fertigte alsbald eine Privaturkunde, worin er den Verkauf vom 23. Februar 1829 als zum Vortheil Germains abgeſchloſſen, und die von dieſem zu Gunſten der Ehegatten Valery unterzeichnete Gegenurkunde für wirkungslos erklärte. — Germain fragte hierbei den Notar, ob er mit Sicherheit den Kaufpreis an Valery bezahlen könne, ohne vorher die Transkription abzuwarten, worauf ihm dieſer erwiderte, daß er von den Gläubigern Valery's nichts zu fürchten habe, da in Folge der Entkräftung der Gegenurkunde er als Nachfolger der Ehegatten St. Val, der erſten Verkäufer, und nicht Valery's erſcheine. Germain zahlte daher ſogleich den Kaufpreis. Am nämlichen Tage aber hatte Ducan, ein Gläubiger Valery's einen Pfandeintrag auf das erwähnte Gut fertigen laſſen, und verlangte jetzt von Germain Zahlung der Pfandſchuld oder Abtretung vom Gut. Dieſer berief ſich auf die ihm von Lemoine-Maudet gegebene Erläuterung, daß Valery gar nicht als früherer Eigenthümer des Guts könne angeſehen werden; allein vergeblich; er wurde in allen Inſtanzen verurtheilt. Germain verlangte nun Schadloshaltung von dem Notar. Das Tribunal wies den Kläger ab. Allein der königl. Gerichtshof von Guadeloupe — und mit dieſem Erkenntniſſe ſtimmte auch der Caſſationshof überein — erklärte Maudet für erſatzpflichtig, ſowohl hinſichtlich der von Germain geleiſteten doppelten Zahlung des Kaufpreiſes, als der in Folge des Rechtsſtreites mit Ducan erlegten Prozeßkoſten. Als Begründung zu dieſer Entſcheidung iſt Folgendes angegeben: Die von den Parteien bezahlten Notare ſeien verpflichtet, den Verträgen derſelben eine beweiſende Form zu geben, und ſie über deren Folgen zu belehren. Es ſei aber kaum anzunehmen, daß Maudet, welcher berufen geweſen ſei, das von Germain für Valery erkaufte Gut auf eine geſetzlich giltige Weiſe auf den erſteren zu übertragen, nicht gewußt haben ſollte, daß dieß durch die Annullirung der von Germain unterzeichneten Gegenurkunde Dritten gegenüber nicht bewirkt, und daß dieſer hierdurch gegen einen Pfandeintrag für eine Schuld Valery's nicht hinlänglich geſchützt werden könne. Dieſer Geſchäftsbehandlung liege ein grober Fehler zu Grunde und Maudet ſei daher für den hieraus entſtandenen Schaden verantwortlich.

28. Nov. 1843.

*) Der gleiche Grundſatz iſt ausgeſprochen in den Arrêts des Caſſationshofes vom 22. December 1840. (Sirrey 1841. I. S. 39) vom 14. December 1841 (Sirey 1842. I. S. 143) und vom 12. April 1843. (Beibl. der Annalen 1844. Nr. 8).

3.

Der Tod eines Geſellſchafters zieht Dritten gegenüber die Auflöſung der Geſellſchaft nicht nach ſich, wenn dieſe nicht veröffentlicht wird, und die Geſellſchaft fortfährt, ihre Geſchäfte zu betreiben. In dieſem Falle muß die Erklärung des Zahlungsunvermögens ſelbſt zu Gunſten von Gläubigern, deren Forderungen erſt nach dem Tode eines Geſellſchafters entſtanden ſind, nicht allein gegen die überlebenden Geſellſchafter, ſondern gegen die Geſellſchaft ſelbſt ausgeſprochen werden.

C. c. Art. 1865. C. comm. Art. 46.
Sirey I. S. 881—884.

Im Jahre 1834 bildeten Baille, Rivière und Robert eine Geſellſchaft zur Betreibung der Hammerwerke von Perreuil unter der Firma „Baille und Robert". Der Geſellſchaftsvertrag wurde nicht veröffentlicht, und eben ſowenig der im Jahre 1837 erfolgte Tod Robert's. Die

Digitized by Google

Geſellſchaft fuhr aber fort, ihre im Jahre 1834 begonnenen Geſchäfte zu betreiben. Coſte hatte nach dem Tode Robert's der Geſellſchaft zu deren Geſchäftsbetriebe verſchiedene Darlehen gemacht, und als dieſe zur Verfallzeit nicht zurückgezahlt wurden, bei dem Handelsgerichte von Autun beantragt, daß di. Geſellſchaft „Baille und Robert" für zahlungsunvermögend erklärt werde, welchem Antrag auch Statt gegeben wurde. Der königl. Gerichtshof von Dijon beſtätigte dieſen Beſchluß des Handelsgerichts. Die Erben Robert's legten hiergegen Caſſation ein, und führten zu deren Rechtfertigung an:

Jede Geſellſchaft werde kraft Geſetzes (Art. 1865, 3. C. c.) durch den Tod eines der Geſellſchafter aufgelöst, wenn nicht ein Anderes vorher bedungen geweſen ſei. Art. 46 C. comm. ſchreibe zwar in beſtimmten Fällen eine Veröffentlichung der in den Geſellſchaftsverhältniſſen eintretenden Veränderungen vor. Allein dieſer Artikel lege den überlebenden Geſellſchaftern die Verpflichtung nicht auf, den Tod eines Geſellſchafters, in deſſen Folge die Geſellſchaft aufgelöst ſei, zu veröffentlichen; und noch viel weniger könne die Unterlaſſung dieſer Veröffentlichung bewirken, daß nun die Geſellſchaft Dritten gegenüber fortbeſtehe. Die in dem erwähnten Artikel vorgeſchriebenen Veröffentlichungen bezögen ſich vielmehr nur auf von menſchlichem Willen bedingte Handlungen, nicht aber auf Ereigniſſe, die ohne Mitwirkung der Geſellſchafter die Auflöſung der Geſellſchaft bewirkten. — Die eingelegte Caſſation wurde verworfen. Die Entſcheidungen des königlichen Gerichts- und des Caſſationshofes ſind im Weſentlichen auf folgende Weiſe begründet:

Durch den Tod Robert's hätte die Geſellſchaft Baille und Robert allerdings aufgelöst werden ſollen. Allein dieſe Urſache der Auflöſung ſei in geſetzlicher Form nicht veröffentlicht, es ſei keine Liquidation vorgenommen, vielmehr von der Geſellſchaft fortgefahren worden, ihre Geſchäfte vor wie nach zu betreiben, und auch mit Coſte habe ſie im Intereſſe ihres Geſchäftsbetriebs Verbindlichkeiten eingegangen. Hieraus folge, daß die Geſellſchaft in der That nicht aufgehört habe, fortzubeſtehen, und daß Dritte, welche in dieſem Vertrauen mit ihr Verträge abgeſchloſſen hätten, durch ihren guten Glauben keine Verluſte erleiden könnten; die Erklärung des Zahlungsunvermögens mithin auch gegen die Geſellſchaft als ſolche, und nicht gegen die einzelnen noch lebenden Geſellſchafter auszuſprechen geweſen ſei.

26. Juli 1843.

5.

Das Uebereinkommen, daß ein Leibrentenvertrag durch Nichtzahlung der Rente aufgelöst werde, iſt gültig. — Im Falle der Auflöſung wegen Nichtzahlung kann der Schuldner nicht verurtheilt werden, die von der Vertragsauflöſung an laufenden Beträge in dem Fuße der bedungenen Rente zu zahlen, es ſei denn unter dem Titel einer Entſchädigung.

C. c. Art. 1978.
Sirey 1843, I. S. 892—897.
Zachariä Bd. II. S. 471 und n. 1. 5 u. 6.

Rougeard verſprach im Jahre 1825 der Frau Dupasquier eine jährliche Leibrente von 600 Frcs. für Hingabe einer Summe von 6000 Frcs. Hiebei wurde bedungen, daß, wenn Rougeard oder ſeine Erben die Rente am Verfalltage nicht bezahlen würden, die Dupasquier das Recht habe, die Rückzahlung des Kapitals zu verlangen, ohne verpflichtet zu ſein, die Summen, welche ſie als verfallene Renten bereits erhalten hätte, zurückzugeben. — Rougeard zahlte die Rente nur am erſten Verfalltage, und ſodann nicht mehr, bis endlich im Jahre 1837 die Dupasquier Rückgabe des Kapitals, Zahlung der bereits fälligen und derjenigen Renten verlangte, welche bis zur vollkommenen Heimzahlung des Kapitals und der verfallenen Renten noch weiter fällig werden würden. Das Tribunal von Ploermel erachtete die Clauſel über die Auflöſung des Vertrags für gültig, und verurtheilte Rougeard zur Rückerſtattung des Kapitals; wegen der kurzen Verjährung des Art. 2277 aber legte es ihm nur die Zahlung der letzten fünf Jahresrenten, vom Jahre 1836 zurückgerechnet, auf; ſofort auch die der laufenden Jahresrente, und der bis zur vollkommenen Heimzahlung des Kapitals und der fälligen Renten noch weiter verfallenden Jahresbeträge. Dieſer Entſcheidung ſtimmte der königl. Gerichtshof von Rennes bei. Rougeard wandte ſich nun an den Caſſationshof und beſchwerte ſich

1) weil die Uebereinkunft über Auflöſung des Vertrags für gültig erklärt worden ſei, während Art. 1978 C. c. die

Digitized by Google

Auflöſung eines Leibrentenvertrags wegen Nichtzahlung der Rente unterſage. Dieſes Verbot ſei eine Ausnahme des im Art. 1184 allgemein aufgeſtellten Grundſatzes und erkläre ſich aus der Natur des Leibrentenvertrags als eines Glücksvertrags. Denn der Pflichtige zahle nur deßhalb eine über dem Zinsfuß ſtehende Rente, weil er hoffen könne, daß ihm ein Theil des Kapitals durch den frühen Tod des Berechtigten anheimfalle. Durch die Rückgabe des Kapitals ohne Erſatz für die bereits bezahlten Renten gehe ihm ein wirklicher Verluſt zu, ohne daß ihm eine Hoffnung auf Gewinn bleibe. Ueberdieß ſei das Verbot des Art. 1978 auch im öffentlichen Intereſſe gegeben, da ohne ein ſolches unter der Form des Leibrentenvertrags mit der Bedingung der Auflöſung wegen Nichtzahlung der Rente leicht wucherliche Darleihverträge verſteckt würden.

2) weil das Urtheil die Fortzahlung der Rente bis zur Heimzahlung des Kapitals und der fälligen Renten verordne, obſchon es den Leibrentenvertrag für aufgelöst erkläre, während die Rente ſelbſt doch nur eine Folge des Vertrags ſei, mithin mit dieſem zugleich aufhören müſſe.

Das Urtheil des Caſſationshofes lautet: In Erwägung, daß weder Art. 1978 C. c., noch eine andere geſetzliche Beſtimmung verbietet, dahin übereinzukommen, daß ein Leibrentenvertrag aufgelöst ſein ſolle, wenn die Rente nicht bezahlt werde; daß ein ſolches Uebereinkommen auch weder dem öffentlichen Intereſſe, noch den guten Sitten widerſtrebt. — In Erwägung jedoch, daß, wenn das Urtheil des königl. Gerichtshofs den Vertrag auflöst, und gleichwohl den Vollzug deſſelben bis zur völligen Heimzahlung des Kapitals — und zwar ohne daß dieſes unter dem Titel einer Entſchädigung geſchieht — durch Fortzahlung der Rente anordnet, dadurch die Sachen nicht in denſelben Stand geſetzt werden, als wenn die Verbindlichkeit gar nicht vorhanden geweſen wäre, hiedurch aber Art. 1183 verletzt iſt; aus dieſen Gründen wird die erſte Caſſationsbeſchwerde verworfen, das Urtheil aber inſoweit als es die Zahlung der Leibrente für die fünf der Klage auf Vertragsauflöſung vorhergehenden Jahre,*) für das ſeitdem verfloſſene und endlich der noch weiter verfallenden Renten verordnet, caſſirt.

23. Auguſt 1843.

5.

Die Verpflichtung, Jemanden in ſeinem eigenen Hauſe die Wohnung, und an ſeinem Tiſche die Koſt zu geben, kann von den Gerichten in die Verbindlichkeit, eine jährliche Unterhaltsrente zu zahlen, umgewandelt werden, wenn den Parteien das Zuſammenleben unerträglich geworden iſt, und hiezu der Verpflichtete die Veranlaſſung gegeben hat.

C. c. 210. 1142.
Sirey, 1843. I. 900—902.

So entſchied der Caſſationshof, als Dominik Rouſſet ſeinem Neffen Julius Rouſſet in deſſen Heirathsvertrag zugeſagt hatte, ihn und deſſen Gattin in ſeine Wohnung aufzunehmen und an ſeinem Tiſche zu ſpeiſen, ſpäter aber einen Prozeß gegen denſelben begonnen und verloren hatte, in Folge deſſen das fernere Zuſammenleben unerträglich wurde. Dominik Rouſſet hatte vor dem Caſſationshof vergeblich ausgeführt, daß es den Grundſätzen der Art. 1134, 1142 und 1146 C. c. widerſpreche, einen Schuldner, welcher ſeiner Verbindlichkeit nachkomme, zu einer andern, als der ihm vertragsmäßig obliegenden Leiſtung zu verurtheilen.

26. Juli 1843.

Ottendorf.

*) Auffallend iſt, daß der Caſſationshof, ohne durch den Caſſationskläger hiezu aufgefordert zu ſein, entſchied, daß der Kläger, in ſo weit er die bereits fälligen Renten einklagte, zurückzuweiſen ſei. Mit dieſer Entſcheidung im Widerſpruch ſagt *Pothier* (du contrat de constitution de rente Nr. 230): „Les arrerages sont le prix du risque, et le risque a eu lieu jusqu'à la resolution du contrat.“ — *Devilleneuve* führt *Guzot* (repert. de Merlin unter Rente viagère Nr. 4) und *Delvincourt* (t. III. p. 420) an, als übereinſtimmend mit dem Ausſpruche des Caſſationshofes über die Unzuläſſigkeit der Rentenzahlung nach Auflöſung des Vertrags.

Digitized by Google

Beiblatt

zu den

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte,

enthaltend

Entſcheidungen franzöſiſcher Gerichtshöfe,

insbeſondere

des Caſſationshofs,

über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 2. Karlsruhe den 16. Mai 1846.

6.

Der Ehemann kann zum Zwecke der Ausſtattung, eines beiden Ehegatten gemeinſchaftlichen Kindes über das geſammte, ſowohl gegenwärtige, als zukünftige Gemeinſchaftsvermögen verfügen, ohne daß er hiezu der Einwilligung ſeiner Ehefrau bedarf.

C. c. Art. 1422, 1439.
Sirey 1844 I. S. 9 — 13.

Im Jahre 1839 heirathete Tonzery die Tochter der Eheleute Lamilhade. Im Ehevertrage erklärte der Vater der Braut: „er ſchenke ſeiner Tochter ſein ganzes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen;" wobei er ſich die Befugniß vorbehielt über ſein Gut zu Lonbac auf andere Weiſe zu verfügen. In demſelben Vertrage ſchenkte der Braut die Mutter Lamilhade aus dem ihr ausſchließlich zugehörenden Vermögen die Summe von 5000 Francs. — Nach dem im Jahr 1841 eingetretenen Tode des Vaters L. erklärten die Eheleute Tonzery, daß ſie auf die Schenkung, inſoweit ſie ſich auf das zukünftige Vermögen des Schenkers beziehe, verzichten, und ſich an das zur Zeit der Schenkung vorhanden geweſene halten wollten. Die Wittwe Lamilhade verlangte nun die Theilung des Gemeinſchaftsvermögens; die genannten Eheleute aber behaupteten, daß das zur Zeit der Schenkung vorhanden geweſene Gemeinſchaftsvermögen als eigenes Vermögen des Ehemannes, des Herrn der Gemeinſchaft zu betrachten, und daher insgeſammt Gegenſtand der Schenkung ſei, daß ſomit nur die von dem Abſchluß des Ehevertrags an bis zur Auflöſung der Ehe in die Gemeinſchaft gefallenen Güter zu vertheilen ſeien. — Die Wittwe Lamilhade behauptete dagegen, daß ihr verſtorbener Mann, gleichwie ſie ſelbſt, jedes nur aus dem ihm ausſchließlich zugehörenden Vermögen eine Schenkung an ihre Tochter gemacht hätte; daß überdieß Lamilhade über die Geſammtheit der Gemeinſchaftsgüter zum Nachtheil ihrer, der Frau, Rechte hierauf ohne ihre Einwilligung gar nicht hätte verfügen können.

Das Tribunal von St. Affrique und der königliche Gerichtshof von Montpellier ſprachen ſich zu Gunſten der Tonzeryſchen Eheleute aus. In den Entſcheidungsgründen iſt 1) ausgeführt, daß dem verſtorbenen Lamilhade, welcher mit ſeiner Frau in ehelicher Gütergemeinſchaft gelebt habe, das Recht zugeſtanden ſei, zur Ausſtattung der aus dieſer Ehe ſtammenden Tochter das ganze Gemeinſchaftsvermögen auch ohne Zuſtimmung ſeiner Ehefrau zu verſchenken. Denn der Ehemann ſei der Herr der Gemeinſchaft, er verwalte die Gemeinſchaftsgüter, und könne ſie auf jede Art veräußern, während die Frau, ſo lange die Gemeinſchaft daure, nicht das Recht habe, bei der Verfügung über die Gemeinſchaftsgüter auf irgend eine Weiſe mitzuwirken; hieraus nun gehe hervor, daß der Ehemann unbeſchränkt über das Gemeinſchaftsvermögen verfügen dürfe, die Frau aber hiezu durchaus unfähig ſei. — Ueberdies erſcheine die Ausſtattung eines beiden Ehegatten gemeinſchaftlichen Kindes als die Erfüllung einer natürlichen durch die Aelternpflicht gebotenen Verbindlichkeit. Dieſe erfülle aber ein Ehemann für ſich und ſeine Ehefrau zugleich — wie die Discuſſionen des Tribunals und des geſetzgebenden Körpers über den Art. 1439 C. c. nachweiſen — wenn er

Digitized by Google

aus dem Gemeinſchaftsvermögen ein Kind ausſtatte, und das Geſetz weiſe der Ehefrau ausdrücklich die Hälfte dieſer Schuld zu. C. c. Art. 1439.

2) Wird gezeigt, daß Lamilhade über die ihm ausſchließlich zugehörenden Güter und zugleich über das geſammte Gemeinſchaftsvermögen zu verfügen beabſichtigt habe. Denn wenn er dieſes auch nicht mit ausdrücklichen Worten geſagt habe, ſo gehe es, und namentlich auch daß er über die Geſammtheit des Gemeinſchaftsgutes habe verfügen wollen, daraus hervor, daß er allgemein geſprochen, und nicht ſeines Vermögens beſonders erwähnt, ferner das Landgut Lonbac, welches in die Gemeinſchaft gehöre, von der Schenkung ausgenommen, und daß ſeine Verfügung die Ausſtattung einer beiden Eheleuten gemeinſchaftlichen Tochter, ſomit die Erfüllung einer in Art. 1439 als eine Gemeinſchaftsſchuld bezeichneten Verbindlichkeit bezweckt habe. Dieſer Annahme ſtehe auch nicht entgegen, daß die Ehefrau L. aus ihrem eigenen Vermögen ihrer Tochter eine Schenkung von 5000 Francs gemacht habe. Denn dieſes ſei keineswegs unvereinbar damit, daß dieſe Tochter auch eine Ausſtattung aus dem Gemeinſchaftsvermögen empfange. Im Gegentheile, die Anweſenheit und Mitwirkung der Ehefrau bei Abfaſſung des Ehevertrags zeige, daß ſie die durch ihren Ehemann verfügte Ausſtattung der Braut aus dem Gemeinſchaftsvermögen gebilligt habe, weil ſie ſonſt Einſprache dagegen erhoben hätte.

Gegen dieſe Entſcheidung ergriff die Wittwe L. das Rechtsmittel der Caſſation, und machte geltend: 1) die in dem Vertrage ausgedrückte Willensmeinung des Schenkers ſei falſch ausgelegt worden. Dieſe Beſchwerde wieß der Caſſationshof zurück, da die Auslegung der Verträge lediglich Sache der königlichen Gerichtshöfe ſei. 2) Art. 1439 enthalte ein Ausnahmegeſetz. Wolle daher der Mann aus dem Gemeinſchaftsvermögen eine Ausſtattung geben, ſo müſſe von ihm ausdrücklich geſagt werden, daß dies aus den Gütern der Gemeinſchaft geſchehen ſolle. 3) Art. 1439 finde hier keine Anwendung, da es ſich um eine Schenkung des geſammten Vermögens der Gemeinſchaft handle, wovon dieſer Artikel nicht ſpreche. Zum Beweiſe dieſes Satzes wurden von der Caſſationsklägerin die geſetzlichen Beſtimmungen in folgender Weiſe entwickelt: Art. 1422 verbiete dem Ehemanne durch Schenkung unter Lebenden „über die Liegenſchaften, oder die Fahrniſſe des Gemeinſchaftsvermögens in ihrer Geſammtheit, oder in einem Bruchtheile zu verfügen, und geſtatte ihm dies nur, um ein gemeinſchaftliches Kind auszuſtatten. Das Geſetz geſtatte ihm alſo nicht, auch nicht zu dem letzteren Zwecke, über die Geſammtheit des G. Vermögens zu disponiren; ein ſolcher Akt ſtelle ſich vielmehr als eine Schenkung des zukünftigen Vermögens dar, welcher gemäß Art. 1423 nur in Form eines letzten Willens, und nur bezüglich des Gemeinſchaftsantheiles des Erblaſſers vorgenommen werden könne. Dieſen Grundſatz halte auch Art. 1439 feſt. Dies zeige ſich ſowohl aus dem Wortlaute deſſelben (aus dem Gemeinſchaftsvermögen — La dot constituée *en effets* de la communauté), worunter nicht die Geſammtheit dieſes Vermögens verſtanden werden könne, — als auch aus der Verfügung dieſes Artikels. Denn zufolge derſelben müſſe die Frau, welche ſich der Gütergemeinſchaft theilhaftig mache, die Hälfte der Ausſtattung bezahlen. Wenn aber dem Manne erlaubt ſei, über die Geſammtheit des Gemeinſchaftsvermögens zu verfügen, ſo ſei es für die Frau gleichgültig, ob ſie die Gemeinſchaft annehme, oder ausſchlage, da ſie auf jeden Fall ihres Antheils gänzlich beraubt werde.

Der Caſſationshof verwarf auch die beiden letzteren Beſchwerden als unbegründet, indem er zeigte, daß die im Art. 1421 dem Ehemanne verliehene Gewalt: unbeſchränkt und mit Ausſchluß der Frau durch belaſtete Verträge über das Gemeinſchaftsvermögen zu verfügen, im Art. 1422 nur in Beziehung auf Schenkungen unter Lebenden über Gemeinſchaftsliegenſchaften, die Geſammtheit oder eine Quote der G. Fahrniſſe zu verfügen beſchränkt, daß aber dieſe Beſchränkung zu Gunſten der Ausſtattung gemeinſchaftlicher Kinder in Art. 1439 wieder aufgehoben ſei; daß mithin der Ehemann auch hier unbeſchränkte Dispoſitionsbefugniß beſitze.

2. Januar 1844.

7.

Eine verſchleierte Schenkung iſt von der Einwerfung befreit.

C. c. Art. 893, 922.
Sirey 1844 I. S. 14 — 16.

Frau von St. Amans ſchenkte am 18. Juli 1834 ihrem älteſten Sohne Honoré verſchiedene Güter als einen

Digitized by Google

Voraus und mit Befreiung von der Einwerfung. In mehreren nachfolgenden Akten bekannte ſie ſich demſelben Sohne als Schuldnerin beträchtlicher Summen. Der zweite Sohn Caſimir focht nach dem Tode ſeiner Mutter dieſe Akte an, ſowohl weil ſie verſchleierte Schenkungen enthielten, als auch, weil deren Betrag den Freitheil überſteige. Der Beklagte geſtand auch ſofort zu, daß er mit ſeiner Mutter keine belaſteten Verträge abgeſchloſſen habe, und daß die vorhandenen Urkunden nur zu dem Zwecke aufgenommen worden ſeien, um ihm auf eine indirekte Art Schenkungen zukommen zu laſſen. Er folgerte aber hieraus, daß dieſe verſchleierten Schenkungen mit der Schenkung vom 18. Juli 1834 vereinigt werden müßten, und ihm deßhalb, ſoweit der Freitheil des Vermögens der Erblaſſerin reiche, der Betrag dieſer Schenkungen, als einwurfsfreier Voraus zukomme. — Der königl. Gerichtshof zu Agen trat der Anſicht des Beklagten bei. Gegen dieſe Entſcheidung legte der Kläger Caſſation ein wegen Verletzung der Art. 843, 870, 893, und 922 C. c.; allein der Caſſationshof ſah in dem Erkenntniſſe des königl. Gerichtshofes keine Verletzung der Geſetze. *)

20. Dezember 1843.

8.

Die Beſtimmung in einem Geſellſchaftsvertrage, daß das Geſellſchaftsvermögen durch veräußerliche Aktien repräſentirt werden ſolle, enthält einen gültigen Verzicht der Geſellſchafter auf das ihnen geſetzlich zuſtehende Recht, die Auflöſung der Geſellſchaft, und die Theilung des Geſellſchaftsvermögens zu verlangen **).

C. c. Art. 815, 1869.

Sirey 1844 I. S. 22 — 28.

Granal, Lacoze-Rolly und Andere bildeten eine Geſellſchaft zur Erwerbung und Betreibung der in öffentlicher Verſteigerung zu veräußernden Mühle von Bellerive. In dem am 3. November 1818 hierüber abgeſchloſſenen Vertrage wurde feſtgeſetzt, daß das Geſellſchaftsvermögen durch 24 Aktien zu 500 Francs das Stück repräſentirt werden, und daß jedem Geſellſchafter die Veräußerung der von ihm übernommenen Aktien erlaubt ſein ſolle. — Die Mühle wurde zu 50,000 Francs gekauft, gemeinſchaftlich verwaltet, und der Ertrag derſelben jeweils verhältnißmäßig getheilt bis zum Jahr 1838, wo bedeutende Ausbeſſerungen nothwendig wurden. Als nun über die Art der Ausführung derſelben ſich unter den Geſellſchaftern Streit erhob, ſo verlangten die Eheleute Boſe, welche von Lacoze-Rolly 5/12 des Geſellſchaftsvermögens (10 Aktien) geerbt hatten, Theilung deſſelben, beziehungsweiſe Verſteigerung der Mühle, da die Geſellſchaft nicht für eine beſtimmte Dauer abgeſchloſſen worden ſei, ſie daher nicht gezwungen werden könnten, in dieſer Gemeinſchaft zu bleiben. C. c. Art. 1869, 815. Die Klage wurde von dem Tribunale zu Montauban, deſſen Erkenntniß der königliche Gerichtshof von Toulouſe beſtätigte, aus folgenden Gründen abgewieſen.

Art. 815 C. c. finde hier keine Anwendung. Entſcheidend in dieſem Falle ſei die Abſicht der Parteien bei dem Vertragsabſchluſſe. Dieſe ſei offenbar dahingegangen, einzelne Geſellſchaftsmitglieder zu verhindern, einſeitig eine Verſteigerung der das Geſellſchaftsvermögen bildenden Mühle zu veranlaſſen, da gerichtliche Verſteigerungen beinahe immer unvortheilhaft ſeien. Zu dieſem Zwecke habe man das Geſellſchaftsvermögen in Aktien getheilt, damit Jeder durch den Verkauf ſeiner Aktien aus der Geſellſchaft treten könne, ohne die Anderen zur gleichzeitigen Veräußerung ihrer Antheile zu zwingen. Dieſes Uebereinkommen ſei dem Geſetze nicht zuwider, und namentlich Art. 1869 ſtehe hier nicht entgegen. Denn wenn es auch im Allgemeinen richtig ſei, daß ein Geſellſchaftsvertrag den Vorſchriften der Art. 1869 und 815 entſprechen müſſe, ſo ſchließe dies doch ein Uebereinkommen der Parteien, wodurch der Zweck des Geſetzes auf andere Weiſe erreicht werde, nicht aus. Dies zeige Art. 1868, welcher das Geding, daß eine Geſellſchaft des Todes eines ihrer Mitglieder ungeachtet fortbeſtehen ſolle, dem Art. 1865 zuwider für zuläſſig erkläre; und ebenſo zuläſſig müſſe das Geding ſein, daß ein Geſell-

*) Die Entſcheidungsgründe zu dieſen Urtheilen enthalten keine Rechtsausführungen. Eine gleiche Entſcheidung iſt enthalten in Sirey 1843 I. S. 451 (Beibl. d. A. 1845 S. 3.)

**) Ueber die Frage, ob Geſellſchafter auf das Recht, Auflöſung der Geſellſchaft, und Theilung des Geſellſchaftsvermögens zu verlangen, verzichten können, ſind zu vergleichen: *Troplong*, Commentaire des sociétés tôme II. nr. 971, 973. *Delangle*, traité des sociétés commerc. tôme II. Nr. 687.

Zachariä Bd. II. S. 462, §. 384 Note 16.

Digitized by Google

ſchafter durch den Verkauf ſeiner Aktien aus der Geſellſchaft austrete, ohne daß hiedurch die Geſellſchaft ſelbſt aufgelöſt werde.

Die Boec'ſchen Eheleute wandten ſich nun wegen Verletzung der Art. 1869 und 815 an den Caſſationshof. Einige Ausführungen der Parteien vor dieſem Gerichtshofe verdienen beſonderer Erwähnung. So machten die Caſſationskläger für ſich geltend: Art. 815 handle zwar nur von Gemeinſchaften, welche durch Erbſchaft entſtehen; allein er ſpreche einen Grundſatz aus, welcher auch auf Geſellſchaftsgemeinſchaften anzuwenden, und in Art. 1869 für Geſellſchaften von unbeſtimmter Dauer, wie die in Frage ſtehende, ausdrücklich wiederholt ſei. — Das Geding der Veräußerlichkeit der Aktien verleihe den Geſellſchaftern kein neues Recht; denn Jeder, welcher ſich in einer Gemeinſchaft befinde, könne ſeinen, obſchon noch unabgeſonderten Antheil verkaufen, und habe gleichwohl auch das weitere Recht, Auflöſung der Gemeinſchaft zu verlangen. Aus der Beſtimmung der Veräußerlichkeit der Aktien könne daher ein Verzicht auf das weitere Recht nicht gefolgert werden. Denn die Aktien ſeien höchſtens den Antheilen von Miteigenthümern pro indiviso gleichzuachten. Der Verkauf einer Aktie ſei aber noch unvortheilhafter als der eines Antheils pro indiviso Es ſei daher nicht anzunehmen, daß der Vertrag vom 3. Novb. 1818 den ihm vom königl. Gerichtshofe untergelegten Sinn habe. Wenn dieſes aber der Fall wäre, ſo verſtieße die in Frage ſtehende Beſtimmung gegen das im Intereſſe der öffentlichen Ordnung durch die Art. 815 und 1869 aufgeſtellte Verbot, und ſei daher nichtig. — Die Caſſationsbeklagten führten unter Anderem aus, daß wenn man Art. 815 in Uebereinſtimmung mit Art. 1872 auf Geſellſchaftsgemeinſchaften anwenden wolle, dies nur geſchehen könne, wenn die Geſellſchaft aufgelöſt, und das Vermögen derſelben noch nicht getheilt ſei, dieſer Fall liege hier nicht vor. — Vor der Auflöſung der Geſellſchaft beſtehe zwiſchen deren Mitgliedern keine Gemeinſchaft. Denn nicht dem einzelnen Geſellſchafter, ſondern der Geſellſchaft als moraliſcher Perſon ſtehe das Eigenthum an dem Geſellſchaftsvermögen zu. So erkläre auch der Art. 529 die Aktien von Handelsgeſellſchaften auf ſo lange für bewegliches Gut, als das Vermögen derſelben, möge es an und für ſich beweglich oder unbeweglich ſein, noch ungetheilt ſei. Der Aktieninhaber ſei daher nur zu einem beweglichen Werthantheile am Geſellſchaftsvermögen berechtigt, keineswegs aber zu einem ungetheilten Miteigenthum, welches erſt mit der Auflöſung der Geſellſchaft entſtehe.

Der Caſſationshof verwarf das eingelegte Rechtsmittel. Seine Gründe ſind: dem königlichen Gerichtshofe komme es zu, den Sinn der Verträge durch Auslegung feſtzuſtellen. Er habe nun angenommen, daß die Parteien auf das ihnen von dem Geſetze verliehene Recht durch Aufkündigung die Geſellſchaft aufzulöſen verzichtet hätten. Dieſe Annahme unterliege daher einer weiteren Beurtheilung des Caſſationshofes nicht. — Die Gefahr, welche in der Unaufkündbarkeit einer Geſellſchaft von unbeſtimmter Dauer für die einzelnen Geſellſchafter liege, und welche der Geſetzgeber durch die Zulaſſung der Aufkündigung beſeitigt habe, ſei durch die von den Parteien getroffene Uebereinkunft vollkommen beſeitigt, da kraft derſelben jedes Mitglied ſeiner Pflichten gegen die Geſellſchaft durch Verkauf ſeiner Actien ſich entledigen könne. Eine ſolche Uebereinkunft verſtoße aber nicht gegen die Art. 1865 Nr. 5, und 1869 C. c.

6. December 1843.

9.

Die Zuſchreibung eines der Gütergeſcheinſchaft angehörenden Wechſels durch die Ehefrau ohne des Mannes Ermächtigung und Auftrag iſt nichtig, ſowohl für den erſtmaligen, als alle folgende Indoſſatare, wenn ſie auch in gutem Glauben gehandelt haben, ſobald ſich aus der Unterſchrift ergibt, daß ſie von einer verheiratheten Frau, ſomit von einer zu einem ſolchen Rechtsgeſchäfte unfähigen Perſon herrührt.

C. c. Art 1421, 1426. C. comm. Art. 136, 138.

Sirey 1844 I. S. 33, 34.

So entſchied der Caſſationshof in folgendem Falle: Im Dezember 1840 hatte Marquet an die Ordre der Dame von Albaret, Wittwe des de la Messenière einen Wechſel zahlbar im Dezember 1841 ausgeſtellt. Im Juni 1841 heirathete dieſelbe einen Herrn von Ancla. Der Wechſel fiel als bewegliches Gut in die Gütergemeinſchaft. Gleichwohl indoſſirte ihn im October 1841 die jetzt geehlichte von Ancla an Rouſſeau, und unterzeichnete: „d'Ancla d'Albaret, veuve de la Messenière." Dieſer Wechſel wurde noch mehrmals weiter indoſſirt. Als er jedoch zur Verfallzeit zur Annahme präſentirt wurde, ſo verweigerte dieſelbe der Traſſat; denn mittlerweile hatte von Ancla Einſprache erhoben, weil ohne Ermächtigung von ſeiner Frau der Wechſel indoſſirt worden war.

7. Auguſt 1843. Ottendorff.

Digitized by Google

Beiblatt

zu den

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte,

enthaltend

Entſcheidungen franzöſiſcher Gerichtshöfe,

insbeſondere

des Caſſationshofs,

über Rechtsfragen aus dem Code civil.

N^ro 3. Karlsruhe den 23. Mai 1846.

10.

1) Ueberträgt eine unregelmäßige Wechſelzuſchreibung auch dann das Eigenthum nicht, wenn der Indoſſatar beweiſt, daß er dem Indoſſanten den Werth erſtattet hat?

C. comm. Art. 137, 138.

(Verſchieden beantwortet, je nachdem der Indoſſatar von ſeinem Indoſſanten, oder von einem Dritten die Zahlung begehrt.)

2) Proteſt eines im Auslande zahlbaren Wechſels darf nach den Geſetzen des Landes, wo der Wechſel zu zahlen iſt, erhoben werden.

3. Der Wechſelübergeber kann dem Inhaber die Einhaltung der Förmlichkeiten und Friſten des Rückgriffes auf den Fall der Nichtzahlung des Wechſels erlaſſen.

C. comm. Art. 165.

Sirey 1844 I. S. 49 — 54.

Erſter Fall.

Eurch hatte mehrere von **Delcros** ausgeſtellte Wechſel an **Verillon** indoſſirt, zwei dieſer Zuſchreibungen aber **nicht** mit dem Datum verſehen. Zur Verfallzeit verweigerte wegen dieſes Mangels Delcros die Zahlung. **Das** Handelsgericht, und der königliche Gerichtshof von **Paris** verurtheilten ihn jedoch hiezu, da Verillon bewieſen hatte, daß er dem Eurch den Werth erſtattet habe. **Gründe:** Nach Art. 138. Cod. comm. übertrage zwar eine den Vorſchriften des Art. 137 nicht gemäße Zuſchreibung das Eigenthum eines Wechſels nicht, ſondern gelte nur als Einzugsauftrag. Durch dieſe Beſtimmung werde aber nur eine Vermuthung aufgeſtellt, welche den Gegenbeweis, daß der Werth erſtattet, und dadurch das Eigenthum des Wechſels auf den Indoſſatar wirklich übergangen ſei, nicht ausſchließe, und durch dieſen Gegenbeweis werde die Unregelmäßigkeit der Zuſchreibung geheilt.

Die Entſcheidung des Caſſationshofes, an welchen ſich nun der Beklagte wandte, lautet: In Erwägung, daß nach Art. 138. C. comm. Wechſelzuſchreibungen, welche nicht den Vorſchriften des Art. 137 gemäß ſind, nur als Einzugsauftrag gelten, und das Eigenthum der Wechſel nicht übertragen; In Erwägung, daß das Geſetz in beſtimmten Worten abgefaßt iſt, und daß in Beziehung auf Dritte ein anderer Beweis, als der ſich aus dem Inhalte der Zuſchreibung ſelbſt ergibt, nicht zugelaſſen werden kann, In Erwägung, daß ſonach der königliche Gerichtshof die Art. 136, 137, 138, 187 und 188 verletzt hat, wird das Urtheil kaſſirt.

5. Juli 1843.

Zweiter Fall.

Albani in Toulouſe zog einen Wechſel auf Barrera in Sevilla. Dieſer kam nach mehrfachen Indoſſaments en blanc an die Wittwe Duboul, welche ihn auf gleiche Weiſe den Banquiers Sans und Anthiers in Toulouſe indoſſirte. Der Wechſel war doppelt ausgefertigt, und es ſchickten die genannten Banquiers die Prima an ihren Correſpondenten in Sevilla. Allein dieſe ging verloren. Um nun einem gleichen Verluſte der Secunda vorzubeugen, überſandten ſie demſelben eine beglaubigte Abſchrift, damit er ſie dem Traſſaten zur Annahme vorzeige. Dieſe wurde

Digitized by Google

verweigert, und deßhalb auf die Abſchrift der Abſageſchein gefertigt. — Mittlerweile war die Ehefrau Duboul geſtorben. Einer der Erben, Leopold Duboul, welcher mit der Verwaltung der Erbſchaft beauftragt war, kam mit Sans und Anthiers dahin überein, daß er ihnen, ſobald auch wegen verweigerter Zahlung des Wechſels Proteſt erhoben würde, auf die einfache Anzeige hievon den Werth wieder erſtatten wolle. Es wurde ſofort auch wegen Nichtzahlung Proteſt erhoben, und es beſchränkten ſich Sans und Anthiers an Duboul hievon die einfache Anzeige zu machen, ohne ihm in der durch das Handelsrecht vorgeſchriebenen Friſt den Proteſt zuſtellen zu laſſen. — Die Erben Duboul weigerten nun die Zahlung

1) weil Sans und Anthiers wegen des mangelhaften Indoſſaments nicht Eigenthümer des Wechſels geworden ſeien,

2) weil der Abſageſchein wegen verweigerter Annahme auf die Abſchrift des Wechſels, und nicht nach Vorzeigung des Orginals gefertigt worden ſei, und

3) weil ihnen der Proteſt wegen Verweigerung der Zahlung nicht in der geſetzlichen Friſt angekündigt worden ſei.

Die Kläger erwiederten:

1) daß ſie den Wechſel der Wittwe Duboul bezahlt, ſomit das Eigenthum daran erlangt hätten,

2) daß es in Spanien üblich ſei, auch auf Vorzeigen einer Wechſelabſchrift hin Proteſt erheben zu laſſen, und

3) beriefen ſie ſich auf ihr Uebereinkommen mit Leopold Duboul, dem Bevollmächtigten der Duboul'ſchen Erben.

Das Handelsgericht zu Toulouſe, deſſen Erkenntniß der königl. Gerichtshof dortſelbſt beſtätigte, verurtheilte die Beklagten zur Zahlung, und zwar aus folgenden Gründen:

Zur Einrede 1. Die Beſtimmungen der Art. 137, 138 C. com., wornach ein Indoſſament en blanc nur als ein Einzugsauftrag gelte, begründeten nur eine Vermuthung. Der Wechſelinhaber könne aber gegen ſeinen Indoſſanten den Rückgriff nehmen, wenn er beweiſe, daß er dieſem den Werth gegeben habe — und dieſer Beweis ſei erbracht. Zur Einrede 2. Es ſei Handelsgebrauch, daß der Inhaber eines auf einen entfernten Ort gezogenen Wechſels davon eine beglaubigte Abſchrift fertigen laſſe, und dieſe in Umlauf ſetze. Das ſpaniſche Geſetz erlaube aber auf Vorzeigen einer ſolchen Abſchrift hin nicht nur, daß Proteſt erhoben, ſondern ſogar, daß Zahlung gegen Caution verlangt werde. Ueberdies habe der Bezogene wegen Mangels an Bedeckung, und nicht weil ihm der Wechſel nicht im Orginal vorgezeigt worden ſei, Annahme und Zahlung verweigert. Zur Einrede 3 endlich wurde das Uebereinkommen L. Dubouls mit den Klägern für geſetzlich zuläſſig erklärt. — Gegen die Entſcheidungen unter 1 und 2 legten die Beklagten Caſſation ein. Allein ſie wurde verworfen, und zwar zu 1, weil die Beſtimmung des Art. 138, daß eine Wechſelzuſchreibung en blanc das Eigenthum nicht übertrage, nur Dritten gegenüber eine unwiderlegbare Vermuthung abgebe; daß jedoch, wenn ſich Streit zwiſchen dem Wechſelinhaber und dem unmittelbar vorhergehenden Indoſſanten erhebe, die geſetzliche Vermuthung dem Gegenbeweiſe, daß durch Bezahlung des Werthes das Eigenthum des Wechſels auf den Indoſſatar übergegangen ſei, weiche. Zu 2 aber, weil Art. 174 nur verlange, daß der Proteſt einen urkundlichen Beweis darüber enthalte, daß der Wechſel auch wirklich proteſtirt worden ſei; das Geſetz aber nicht verlange, daß der Wechſel im Orginal vorgezeigt werde; weil ferner das ſpaniſche Geſetz ausdrücklich erlaube, daß auf eine Wechſelabſchrift hin Proteſt erhoben werde; das Geſetz des Ortes aber, wo ein Akt vorgenommen werde, deſſen Form beſtimme.

5. Juli 1843.

11.

Das im Art. 2037 C. c. dem Bürgen verliehene Recht ſteht dem ſammtverbindlichen Mitſchuldner gegen den Gläubiger nicht zu.

C. c. 2037, 2021

Sirey 1844 I. S. 71 — 74.

Die Geſchwiſter Johann, Alexander und Marie Dulac ſagten dem Balaron eine jährliche Leibrente von 100 Francs für ein Kapital von 2,000 Francs unter ſammtverbindlicher Haftbarkeit zu. Zur Sicherheit dieſer Rente verpfändeten ſie ihm ein zu der noch ungetheilten Hinterlaſſenſchaft ihrer Mutter gehörendes Grundſtück. In der Theilung fiel daſſelbe auf das Loos des Johann Dullac. Balaron verſäumte es, die im Art. 2154 C. c. vorgeſchriebene Erneuerung der Eintragung zu bewirken, und als nun die Leibrente mehrere Jahre nicht gezahlt und endlich gegen Johann Dulac geklagt wurde, ſo war das

Grundſtück von andern Eintragungen bereits belaſtet, und von dem Beklagten nichts zu erhalten. Der Gläubiger wandte ſich nun wegen ſämmtlicher rückſtändiger Beträge an die ſammtverbindliche Marie Dulac. Allein dieſe entgegnete, daß ſie nur verpflichtet ſei, ihren Antheil, nicht aber das Ganze zu zahlen. Denn der Gläubiger habe durch die Verſäumung der Erneuerung des Pfandeintrags ihr unmöglich gemacht, in ſeine Rechte gegen den ſammtverbindlichen Mitſchuldner einzutreten, und dadurch ſei ſie nach Art. 2037, 2021. C. c. von ihrer Sammtverbindlichkeit befreit worden. Denn — führte ſie weiter aus — dem ſammtverbindlichen Mitſchuldner ſtehe, ſobald er die ganze Schuld an den Gläubiger bezahlt habe, das Recht zu, die übrigen Mitſchuldner auf ihren Antheil zu belangen; es ſei ſomit die Bewilligung einer Sammtverbindlichkeit von Seiten der Schuldner eigentlich nur eine Bürgſchaft für die Antheile der übrigen Mitſchuldner mit Entſagung auf die Einrede der Vorausklage. Dies beſtätige Art. 2021.

Dieſe Einrede wurde von dem Tribunale zu Caſtres und dem königlichen Gerichtshofe zu Toulouſe verworfen, und Marie Dulac zur Zahlung der ganzen Schuld verurtheilt. Denn — wird als Grund angegeben, — die Eingehung einer Verpflichtung durch Mehrere unter Sammtverbindlichkeit und die Uebernahme einer Bürgſchaft, ſeien Rechtsgeſchäfte verſchiedener Natur. Durch erſtere verpflichte ſich jeder Schuldner ſelbſtſtändig für das Ganze, und der Gläubiger berühre das Verhältniß der Mitſchuldner untereinander nicht. Die Bürgſchaft aber ſei keine für ſich beſtehende, ſondern nur eine acceſſoriſche Verbindlichkeit. Die Verſchiedenheit der rechtlichen Natur dieſer Verhältniſſe laſſe daher weder eine direkte, noch eine analoge Anwendung der für Bürgen gegebenen Vorſchriften auf ſammtverbindliche Schuldner und deren Gläubiger zu. — Dieſer Anſicht trat der Caſſationshof bei *).

5. December 1843.

*) Die Note zu dieſem Falle erwähnt einer entgegengeſetzten Anſicht des Caſſationshofes in Sirey XVI I. p. 327, welcher die Schriftſteller *Pothier*, des Obligations Nr. 275, *Merlin*, Questions unter „Solidarité §. 5, *Delvincourt* t. II. p. 135. Note 5; *Duranton* t. XVIII. Nr. 382 beiſtimmen. *Devilleneuve* erklärt das Vertheidigungsſyſtem der Beklagten da für anwendbar, wo die Sammtverbindlichkeit auf einer freiwilligen Uebernahme der Verpflichtung durch die Schuldner beruht, hält aber obigen Ausſpruch der Gerichtshöfe in jenen Fällen für maaßgebend, wo die Sammtverbindlichkeit durch das Geſetz entſteht. Vergleiche Table decennale 1831 — 1840 unter Caution Nr. 62 und folgende. — Zachariä Bd. II. S. 215 Note 30 erklärt den Art. 2037 für auf Sammtſchuldner nicht anwendbar.

12.

Die Vertragsauflöſungsklage wegen Mangels der Lieferung zur rechten Zeit iſt auch dann zuläſſig, wenn in den Vertrag die Beſtimmung, daß er ohne Weiteres für aufgelöst zu erachten ſei, falls nicht zur rechten Zeit geliefert werde, nicht aufgenommen worden iſt.

C. c. Art. 1184, 1610.
Sirey 1844 I. S. 79 — 82.

Dieſe Entſcheidung gab der Caſſationshof unter Hinweiſung auf die Art. 1184 und 1610 C. c., als der königl. Gerichtshof zu Lyon wegen Mangels der in der Aufſchrift erwähnten Vertragsklauſel in folgendem Falle die Auflöſungsklage zurückgewieſen hatte.

Gauthier verkaufte an Peſſerat 30 Aktien der Geſellſchaft zur Betreibung der Steinkohlenminen zu Rive de Gier für 33,000 Francs, wobei feſtgeſetzt wurde, daß am 10. Juni 1838 gegen Zahlung die Aktien geliefert werden ſollten. Bereits im Mai zahlte Paſſerat 30,000 Francs; am 10. Juni 1838 wurden aber die Aktien nicht geliefert, und nun verlangte Paſſerat Auflöſung des Kaufvertrags und Rückzahlung des Kaufpreiſes.

28. November 1843.

13.

Kann ein des Leſens und Schreibens unkundiger Taubſtummer unter Lebenden ſchenken?

C. c. 901, 902, 936.
Sirey 1844 I. S. 102 — 106.

Am 4. Februar 1835 erſchien der ſeit ſeiner Geburt taubſtumme, und des Leſens und Schreibens unkundige Paſcal Clarque in Begleitung ſeines Bruders, ſeines Neffen Jakob Clarque, des Ortsgeiſtlichen, und mehrerer Nachbarn und Freunde, welche durch langen Umgang mit Clarque ſeine Zeichen zu verſtehen geübt waren, vor dem Notäre Duboſe, der folgenden Act aufnahm:

Digitized by Google

„Paſcal Clarque hat durch Zeichen, welche die Anweſenden, die Zeugen und der Notär vollkommen verſtanden, und ſich ihrer Bedeutung durch Proben verſichert haben, ſeinen Willen dahin erklärt, daß er ſeinem Neffen Jakob ſein ganzes Vermögen mit der Belaſtung ſchenken, und zu vollem Eigenthume überlaſſen wolle, daß ihm ſein Neffe Nahrung, Kleidung, Wohnung und Unterhalt jeder Art, wie er es bisher gewöhnt geweſen ſei, für ſein ganzes Leben geben werde."

In dem Akte iſt noch weiter angeführt, daß er den Anweſenden vorgeleſen, und von dieſem, dem Paſcal Clarque mitgetheilt worden ſei, welcher darauf durch Zeichen zu erkennen gegeben habe, daß der Notär ſeine Willensmeinung darin niedergelegt habe.

Dieſen Akt fochten die Inteſtaterben P. Clarque's nach ſeinem Tode an, da er wegen ſeiner Unkunde im Leſen und Schreiben nicht fähig geweſen ſei, unter Lebenden zu ſchenken. Das Tribunal von Lavour und der königliche Gerichtshof von Toulouſe hielten die Schenkung aufrecht, und zwar aus folgenden Gründen: Art. 1123 C. c. gebe Jedem, den das Geſetz hiezu nicht für unfähig erkläre, die Befugniß Verträge zu ſchließen. Weder Art. 1124, noch eine andere Geſetzesſtelle erkläre die Taubſtummen hiezu für unfähig. Fähig ſei vielmehr Jeder, der Einſicht und Willenskraft habe, ſo wie im Stande ſei, ſeine Abſicht dem, mit welchem er ein Uebereinkommen treffen wolle, verſtändlich zu machen; ſomit auch die Taubſtummen, welchen dieſe Fähigkeiten inwohnen. Für jene, welche nicht ſprechen können, ſei zwar die Schrift ein leichtes Mittel ihre Gedanken Andern mitzutheilen; aber nicht das einzige, wie die tägliche Erfahrung im Umgange mit Taubſtummen lehre. Wenn nun die Taubſtummen zu der Errichtung von Verträgen überhaupt fähig ſeien, ſo ſeien ſie es auch zu der von Schenkungen, welche nur eine Gattung der Verträge bilden. Aus Art. 936 wolle man zwar ableiten, daß den des Schreibens unkundigen Taubſtummen unterſagt ſei, zu ſchenken. Allein dieſer Artikel ſpreche ſich über die Fähigkeit oder Unfähigkeit ſolcher Taubſtummen zu Schenkungen gar nicht aus; er ſetze vielmehr nur die Art feſt, wie eine Schenkung für den des Schreibens unfähigen Taubſtummen anzunehmen ſei. Das Intereſſe der Taubſtummen ſelbſt habe den Geſetzgeber bei dieſer Vorſchrift geleitet, da ohne ſie es unmöglich wäre, Taubſtummen, etwas zu ſchenken, welche nicht ſelbſt annehmen könnten, ſei es nun, daß ſie geiſtesſchwach, oder unvermögend ſeien, ihre Gedanken durch Zeichen auszudrücken.

Die Kläger legten gegen dieſe Entſcheidung Caſſation ein, indem ſie ausführten, das Geſetz ſtelle in Art. 936. C. c. die Vermuthung auf, daß ein des Schreibens unkundiger Taubſtummer in Beziehung auf Schenkungen überhaupt dem Minderjährigen gleichzuachten ſei; denn wenn das Geſetz dies ausdrücklich verordne für den Fall, wenn dem Taubſtummen eine Schenkung angeboten ſei, und es ſich um deren Annahme, alſo um ein Rechtsgeſchäft handle, welches dem Taubſtummen nur vortheilhaft ſein könne, ſo müſſe man annehmen, daß für jene Fälle, in welchen der Taubſtumme nur verlieren könne, nämlich bei Hingabe von Schenkungen, das Gleiche gelten müſſe.

Das eingelegte Rechtsmittel wurde verworfen, im Weſentlichen aus den von dem königlichen Gerichtshofe angeführten Gründen. Der Caſſationshof machte aber noch darauf aufmerkſam, daß die Verfaſſer des C. c. — wie aus dem Protokolle des Staatsrathes vom 26. Fructidor des Jahres IX erhelle — den Taubſtummen einſtimmig für fähig hielten, eine Ehe einzugehen. Darnach ſtünde ihm denn auch das Recht zu, einen Ehevertrag abzuſchließen; es wäre ihm alſo auch nach Art. 1398 die Befugniß gegeben im Ehevertrag eine Schenkung unter Lebenden zu errichten. — Nehme man aber dieſes an, ſo exiſtire kein Grund, warum man den Taubſtummen zu einer ſolchen Verfügung über ſein Vermögen nur bei einem Ehevertrage zulaſſe. *)

30. Januar 1844. Ottendorff.

---

*) In der Note zu dieſem Falle iſt angeführt, daß unter den franzöſiſchen Schriftſtellern nur *Vazeille* (zu Art. 936. Nr. 7) die Anſicht des Caſſationshofes theile (Zachariä IV § 648. S. 151 iſt derſelben Anſicht) dagegen *Solon*, des Nullités I Nr. 54 und folg. allen Taubſtummen die Fähigkeit zu ſchenken unbedingt abſpreche, während *Pothier*, des Donations sect I. Art. I, *Quilhon*, des Donations Nr. 107, *Merlin*, répert. unter Sourd-Muet Nr. 4. *Favard* de Langlade répert. unter demſelben Worte, *Grenier*, des Donations Nr. 283, *Guyjol*. des Donations über den Art. 936. Nr. 1., und folg. *Coin-Delisle*, Comment. anal I über den gleichen Art. Nr. 7 nur dem des Leſens und Schreibens kundigen Taubſtummen die Fähigkeit zu ſchenken einräumen

Beiblatt

zu den

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte,

enthaltend

Entſcheidungen franzöſiſcher Gerichtshöfe,

insbeſondere

des Caſſationshofs,

über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 4. Karlsruhe den 6. Juni 1846.

14.

Ein Friedhof kann nicht Gegenſtand einer Beſitzklage ſein.

C. c. Art. 2226. C. d. proc. Art. 23. P. O. §. 750.
Sirey 1844 I. S. 120 — 122.

Das Kirchſpiel St. Etienne de Coldres umfaßte ehemals die drei Ortſchaften Briod, Conliége und Perrigny, welche dieſelbe Kirche und denſelben Friedhof benützten. Später trennte ſich dieſes Kirchſpiel und die Gemeinde Perrigny legte ſich einen eigenen Friedhof an, während Briod und Conliége den alten fortbenützten. Im Jahre 1838 ſtarb im erſtgenannten Orte ein Fremder, welchen der Maire von Perrigny auf den alten Friedhof beerdigen ließ. Nun ſtellten die Gemeinden Briod und Conliége eine Beſitzklage gegen die Gemeinde Perrigny an. Das Friedensgericht von Conliége und das Tribunal von Lons-le-Soulnier erachteten die Klage für begründet, aber der Caſſationshof kaſſirte dieſen Ausſpruch, weil ein Friedhof ſeiner Natur nach zu den dem Rechtsverkehre entzogenen Gegenſtänden gehöre, und nach Art. 2226 C. c. ſolche Gegenſtände nicht erſeſſen werden können, eine Beſitzklage aber nur ſtatthaft ſei, wenn aus dem Beſitze auch die Erſitzung hervorgehe. 10. Januar 1844.

15.

Ein Notär iſt nicht unbedingt für die Gültigkeit der von ihm aufgenommenen Akte verantwortlich.

C. c. Art. 1383, 2129.
Sirey 1844 I. S. 135 — 137.

Der Notär Ollivier verkaufte im Jahr 1838 an Jan ſein Notariatsgeſchäft für 20,000 Francs. Notär Mengny nahm hierüber eine öffentliche Urkunde auf, worin die Beſtimmung enthalten iſt: „Zur Sicherung der Zahlung dieſer 20,000 Francs verpfändet Jan die Liegenſchaften, welche ſich in dem Nachlaſſe ſeines Vaters befinden; es ſollen dieſelben aufgezählt und näher beſchrieben werden in dem der Eintragung beizugebenden Verzeichniſſe, wenn die Familie Ollivier dieſen Akt in das Pfandbuch will eintragen laſſen." — Bald darauf ſtarb Ollivier. Im Dezember 1839 ließ nun deſſen Wittwe als Theilhaberin der Gemeinſchaft und als Vormünderin ihrer Kinder den Kaufvertrag vom Jahre 1838 auf die Liegenſchaften, welche Jan aus der Verlaſſenſchaft ſeines Vaters erhalten hatte, eintragen. Das beigelegte Verzeichniß enthielt alle zur Bezeichnung dieſer Güter nothwendigen Nachweiſungen. Im Januar 1840 wurde von Jan ein Unterpfand auf dieſelben Liegenſchaften den Eheleuten Bourlet bewilligt, welche ſofort verlangten, daß die von der Wittwe Ollivier bewirkte Eintragung für nichtig erklärt werde, weil der Vertrag vom Jahre 1838 kein Verzeichniß und keine Beſchreibung der verpfändeten Objekte enthalte. Die Eheleute Bourlet ſiegten in dem deßhalb geführten Rechtsſtreite, und nun belangte die Wittwe Ollivier den Notär Mengny auf Entſchädigung, weil er als Redakteur des Aktes die aus dem Mangel der näheren Bezeichnung der zu verpfändenden Liegenſchaften entſtehenden Folgen hätte kennen, und die Parteien darauf aufmerkſam machen ſollen. Das Tribunal von Loudéac verurtheilte ihn auch aus dieſem Grunde zur Entſchädigung; allein der königliche Gerichtshof reformirte dieſes Urtheil, weil da, wo den Parteien vermöge ihrer Stellung, und der Kenntniſſe, die man von ihnen vermuthen dürfe, zuzu-

Digitized by Google

trauen ſei, daß ſie die Folgen ihrer Handlung kannten, ſie ſelbſt für den Inhalt, und der Notär nur für die Form der Verträge verantwortlich ſei, die Parteien aber in dem vorliegenden Falle, wie der Vertrag ſelbſt zeige, den Fehler deſſelben gekannt, und ihn gleichwohl nicht durch einen nachfolgenden Akt ſanirt hätten, woran der Beklagte keine Schuld trage. — Der Caſſationshof ſtimmte dieſer Entſcheidung bei. 6. Dezember 1843.

16.

Die Errichtung von Abzugsgräben, um durch ſie Waſſer aus einem Bergwerke zu entfernen, iſt in Beziehung auf die tiefer gelegenen Grundſtücke eine Erſchwerung der Dienſtbarkeit des Art. 640 C. c. — Wenn dieſes Waſſer mit für die Crescentien ſchädlichen Beſtandtheilen geſchwängert iſt, ſo wird der Eigenthümer des Bergwerks entſchädigungspflichtig, und iſt gehalten, Vorrichtungen zu treffen, wodurch der Abfluß des ſchädlichen Waſſers auf das untere Grundſtück verhindert wird.

C. c. Art. 640, 1382, 544.
Sirey 1844 I. S. 137 — 139.

Champanhet, der Beſitzer eines Steinkohlenbergwerkes hatte vor den Eingängen zu demſelben große Kohlenniederlagen errichtet; er hatte ferner Abzugsgräben angelegt, um das in den Minen vorhandene Waſſer abzuleiten. Das unterhalb der Kohlen ſich ſammelnde Regenwaſſer, und das Minenwaſſer floß auf die tiefer gelegenen Wieſen des Bonnaud ab, und ſchadete durch die mineraliſchen Beſtandtheile, womit es geſchwängert war, dem Wachsthum des Graſes. Bonnaud verlangte nun, daß Champanhet ihn entſchädige, und Vorrichtungen treffe, damit das Waſſer nicht ferner auf ſeine Wieſen herabfließe. Das Tribunal und der königl. Gerichtshof zu Nimes erkannten nach dem Klagbegehren. Champanhet wandte ſich an den Caſſationshof. Dort führte er aus, Art. 544 C. c. geſtatte Jedem, ſein Eigenthum auf alle Weiſe zu benützen, folglich auch Bergwerke darauf anzulegen und zu betreiben; dieſes ſei ihm unmöglich, wenn man ihn verhindere, das Minenwaſſer zu entfernen. Die Vermehrung des Waſſerabfluſſes ſei ſomit nur die natürliche Folge einer erlaubten Handlung, welche keine Entſchädigungspflicht begründe, ebenſo wenig als die Thatſache, daß das abfließende Waſſer ſchädliche Beſtandtheile mit ſich führe, da die Beimiſchung deſſelben nicht von der That eines Menſchen herrühre. Das Gebot der Errichtung von Werken aber, welche den Ablauf des Waſſers auf das tiefer liegende Grundſtück verhindern würden, ſei im Geſetze nicht begründet. — Der Caſſationshof verwarf das eingelegte Rechtsmittel, da der von Bonnaud bewieſene Schaden, ſeinen Grund nicht allein in dem Regenwaſſer habe, was von den Kohlen — deren Aufhäufung allerdings eine erlaubte Handlung ſei — abfließe, ſondern auch in dem aus den Abzugsgräben kommenden Minenwaſſer. Dieſe Gräben aber bildeten eine Erſchwerung der Servitut des Art. 640, und die Verurtheilung des Beklagten zur Errichtung von ſchützenden Werken ſei eine Folge der Herrichtung dieſer Gräben, und nothwendig um den Kläger vor weiterem Schaden zu bewahren. 3 Auguſt 1843.

17.

Vertrag? Vertragsentwurf?

C. c. Art. 1582, 1583. Bad. L. R. S. 1340 a. b.
Sirey 1844 I. S. 182 — 185.

David verkaufte am 1. April 1840 an den Notar Collin eine Mühle. In der über dieſe Uebereinkunft aufgenommenen Privaturkunde heißt es: David verpflichtet ſich, eine neue Verkaufsurkunde auszuſtellen, ſei es nun an Collin, oder an einen Dritten, welchen ihm dieſer als Käufer bezeichnen wird. Collin bleibt zur Zahlung jedenfalls verpflichtet. — Am 17. Sept. bezeichnete Collin dem David eine dritte Perſon und verlangte nun die Ausfertigung einer neuen Verkaufsurkunde. David weigerte ſich nicht; aber er verlangte, daß auch die neue Urkunde vom 1. April datirt werde, da an dieſem Tage der Kauf perfekt geworden, und das Eigenthum an Collin übergegangen ſei. Collin dagegen behauptete, daß das Uebereinkommen vom 1. April nur der Entwurf eines Vertrages geweſen ſei, welcher erſt durch die Bezeichnung der dritten Perſon, an welche das Eigenthum übertragen werden ſollte, perfekt geworden, daher auch der Vertrag vom 17. September zu datiren ſei. — Das Tribunal von Blanc ſah das Uebereinkommen als einen Vertrags-

entwurf, der königliche Gerichtshof von Bourges aber als einen vollendeten Vertrag an, da das Uebereinkommen vom 1. April alle weſentlichen Beſtandtheile eines Kaufes, und die beſtimmte Uebertragung des Eigenthums der verkauften Sache in ſich trage, und da auch die (oben erwähnte) Clauſel die Natur des Vertrags nicht dergeſtalt verändere, daß er als ein bloßer Entwurf erſcheine. Die gegen dieſe Entſcheidung eingelegte Caſſation wurde verworfen. 23. Auguſt 1843.

18.

Wenn ein Sohn von ſeinen Eltern verzinsliche Darlehen erhalten hatte, ſodann zahlungsunfähig wurde, und hierauf zwiſchen ihm und ſeinen Gläubigern ein Nachlaßvergleich zu Stande kam, ſo iſt er nur verpflichtet diejenige Summe in die älterliche Hinterlaſſenſchaft einzuwerfen, welche er kraft des Nachlaßvergleiches noch ſchuldete, nicht aber die urſprüngliche Darlehensſumme. *)

C. c. Art. 829, 843.
Sirey 1844. S. 186 — 192.

Die Wittwe Valeau gab ihrem Sohne Auguſt, Kaufmann zu Paris verſchiedene zu 6 % verzinsliche Darlehen, zuſammen im Betrage von 699,000 Francs. Im Jahre 1838 wurde Auguſt Valeau für zahlungsunfähig erklärt; es kam jedoch ein Vergleich, bei welchem ſeine Mutter mitwirkte, zu Stande, wodurch ihm 82% nachgelaſſen wurden. Als nun ſpäter die Wittwe Valeau ſtarb, ſo verlangten die Miterben Auguſt Valeau's die Einwerfung der 699,000 Francs, indem ſie behaupteten, daß jeder Erbe Alles, was er von dem Erblaſſer, unter welchem Titel es auch ſei, empfangen habe, einwerfen müſſe. Auguſt Valeau dagegen wollte nur das einwerfen, was er in Folge des Nachlaßvergleiches ſeiner Mutter in der That noch geſchuldet habe; denn die Darlehen habe er von ihr nicht durch einen Akt der Freigebigkeit, ſondern gegen die Zuſage der Verzinſung erhalten; ſeine Mutter ſei daher, wie die anderen Gläubiger zu betrachten.

Das Tribunal von Basse-terre verordnete die Einwerfung der 699,000 Francs. Es ging hiebei von der Anſicht aus, ein Miterbe müſſe nach Art. 843, 851 und 829 Alles in die Erbmaſſe einwerfen, was er von dem Erblaſſer, in freigebiger, oder in anderer Weiſe, wodurch er es ſchulde, empfangen habe, und es komme hiebei nicht darauf an, ob der Einwurfspflichtige zur Zeit des Todes des Erblaſſers das in nicht freigebiger Weiſe Empfangene demſelben perſönlich noch ſchulde, oder nicht, denn ein Miterbe verlange von dem andern die Einwerfung nicht als Rechtsfolger des Erblaſſers, ſondern kraft eigenen ihm durch das Geſetz beſonders verliehenen Rechtes; der Nachlaßvergleich binde daher die Miterben nicht, er ſei für ſie eine res inter alios acta. Wenn indeſſen auch nicht zu verkennen ſei, daß ein Nachlaßvergleich für den einzelnen Gläubiger eine Sache des Zwangs, und nicht der freien Entſchließung ſei, ſo ſeien die nachgelaſſenen Summen dem Auguſt Valeau gleichwohl zu Gute gekommen, denn er habe für den Nachlaß keine Gegenleiſtung gegeben. Unerheblich ſei auch der Einwand, daß die Darlehen verzinslich geweſen ſeien, und die Mutter durch deren Hingabe ihr eigenes Intereſſe, und nicht das des Sohnes bezweckt habe; denn Art. 829 verordne nicht allein die Einwerfung der unverzinslichen, ſondern aller dem Erblaſſer ſchuldigen Summen.

Der königliche Gerichtshof von Guadeloupe, deſſen Erkenntniß der Caſſationshof beitrat, änderte das Urtheil der erſten Inſtanz dahin ab, daß Auguſt Valeau nur verpflichtet ſei, diejenige Summe einzuwerfen, welche er nach dem Vergleiche ſeiner Mutter noch geſchuldet habe. Dieſer Entſcheidung liegen folgende Sätze zu Grunde:

Ein Miterbe ſei verpflichtet, Alles einzuwerfen, was ihm der Erblaſſer direkt, oder indirekt auf freigebige

---

*) In der Note zu dieſem Falle führt *Devillenuve* aus, daß, wenn aus den Umſtänden erhelle, daß das Darlehen im Intereſſe des Kindes gegeben ſei, um ſeinem Handel aufzuhelfen, oder dem Ausbruche des Zahlungsunvermögens vorzubeugen, eine wirkliche Liberalität vorhanden, und ſomit das Kind einwurfspflichtig ſei. So habe der königliche Gerichtshof von Paris entſchieden am 21. Dezember 1843. Sirey 1844 II. S. 80. — Als mit obiger Entſcheidung übereinſtimmend ſind angegeben: *Renouard*, des Faillites tom. II. p. 119, *Lainé*, des Faillites p. 249, und *Vazeille*, des successions über Art. 843. C. c. Nr. 4; — als der entgegenſtehenden Anſicht huldigend ſind benannt: *Pothier*, des successions chap. 4. Art. 2 §. 6. *Merlin*, répert. unter Rapport à succession §. 3. Nr. 16 *Duranton* tom. 7. Nr. 310. *Grénier*, des Donations Nr. 522. *Delvincourt* tom. II. p. 350. *Poujol*, des successions, Art. 843. Nr. 10. *Conflans*, Jurisprudence sur les successions p. 431 und zwei Urtheile des Pariſer Gerichtshofes. (Sirey 27, II. p. 241 frühere Sammlung, und 1839 II. S. 531 neue Sammlung.)

Digitized by Google

Weiſe zugewendet habe, und Alles, was er aus Rechtsgeſchäften, welche nicht in Folge einer Freigebigkeit des Erblaſſers abgeſchloſſen worden ſeien, demſelben ſchulde. Im erſten Falle ſei er einwurfspflichtig in Folge ſeiner Eigenſchaft als Miterbe, im letzteren Falle zahle er durch die Einwerfung ſeine Schulden an die Erbmaſſe. Die Contrahirung verzinslicher Darlehen ſei nun ein belaſteter Vertrag. Art. 1106, und die Hingabe eines ſolchen Darlehens von Seite eines Erblaſſers an einen Erbberechtigten erſcheine nicht als eine Begünſtigung deſſelben. Der Erbberechtigte ſei daher zu deſſen Einwerfung nicht als Miterbe, ſondern als Schuldner verpflichtet. Sei nun der Erbberechtigte zahlungsunvermögend geworden, und der Erblaſſer habe in Gemeinſchaft mit den andern Gläubigern in einen Nachlaßvergleich gewilligt, ſo habe derſelbe lediglich in ſeiner Eigenſchaft als Gläubiger, wie die andern Gläubiger auch gehandelt, und der Erbberechtigte ſchulde weder ihm die nachgelaſſenen Summen, noch ſei er für ſie ſeinen Miterben — welchen keine weiteren Rechte, als ihr Erblaſſer gehabt habe, zuſtünden — zur Einwerfung verpflichtet. — Ein Nachlaßvergleich aber ſei einer Schenkung oder freigebigen Verfügung, von welcher die Artikel 829 und 843 ſprechen, nicht gleichzuſtellen; denn durch die oft von der Nothwendigkeit gebotene Eingehung eines ſolchen Vergleichs werde dem Gläubiger nicht nur ſeine Dividende geſichert, ſondern ihm bisweilen ſogar noch die Ausſicht eröffnet, die geſammte Forderung ſpäter wieder zu erhalten; der Gläubiger ſorge mithin dadurch mehr für ſein eigenes Intereſſe, als für das des Schuldners. 22. Auguſt 1842.

19.

Der Verzicht eines Ehegatten auf Vortheile, welche ihm der andere Ehegatte auf den Fall des Ueberlebens im Ehevertrag zugeſichert hatte, hat zur Folge, daß andere Schenkungen, welche ohne dieſen Verzicht wirkungslos geweſen wären, weil ſie den Pflichttheil angegriffen hätten, nunmehr zum Vollzug kommen.

C. c. Art. 780, 786.

Sirey 1844 I. S. 214 — 217.

Joſeph Wilhelm von Montlaur ſagte im Ehevertrage ſeiner Frau auf den Fall ihres Ueberlebens, wenn er ſterben würde, ohne Kinder zu hinterlaſſen, den Nießbrauch an ſeinem ganzen Vermögen, wenn jedoch in der Ehe Kinder erzielt würden, den Nießbrauch an der Hälfte ſeines Vermögens zu. — Aus dieſer Ehe gingen mehrere Söhne hervor, deren älteſtem, Alexander, die Ehegatten Montlaur bei ſeiner Verheirathung den vierten Theil ihres ſämmtlichen Vermögens als einen Voraus außer ſeinem Erbtheile ſchenkten. Im Jahre 1839 ſtarb der Vater von Montlaur, und ſeine Wittwe verzichtete auf die ihr kraft des Ehevertrages zukommenden Vortheile. Die Geſchwiſter Alexanders behaupteten nunmehr, daß der Gegenſtand des Verzichts ſämmtlichen geſetzlichen Erben nach Art. 786 zuwachſe. Denn ſobald der Freitheil — führten ſie aus — durch eine Verfügung im Ehevertrage zu Gunſten eines Ehegatten erſchöpft werde, ſo ſei dem disponirenden Ehegatten jede weitere freigebige Verfügung über ſein Vermögen verboten, und treffe er gleichwohl eine ſolche, ſo ſei ſie von Anfang an nichtig. Der Verzicht ihrer Mutter könne daher nicht dazu benützt werden, das ihrem Bruder Alexander gegebene Geſchenk aufrecht zu erhalten, da daſſelbe zu einer Zeit gegeben worden, als der Freitheil bereits erſchöpft, jede weitere Schenkung daher unmöglich geweſen ſei. — Alexander von Montlaur erwiderte hierauf, Art. 786 komme nur zur Anwendung, wenn ein Erbe verzichte. Eine Schenkung im Ehevertrage ſtehe einer jeden andern freigebigen Verfügung gleich; wenn über mehr, als den Freitheil disponirt ſei, ſo komme die Minderung zur Anwendung; und wenn eine frühere freigebige Verfügung, ſei es durch Verzicht des Bedachten oder aus einem andern Grunde wegfalle, und nunmehr verfügbares Vermögen vorhanden ſei, ſo falle auch der Grund zur Minderung weg, und die ſpätere Verfügung gelange zum Vollzuge.

Der königliche Gerichtshof von Toulouſe trat dem Vertheidigungsſyſteme des Beklagten bei, und der Caſſationshof verwarf das gegen dieſe Entſcheidung eingelegte Rechtsmittel. Der angegebene Grund lautet: In Erwägung, daß der Verzicht der Gräfin von Montlaur auf ein ihr perſönlich zuſtehendes Recht, deſſen Exiſtenz das einzige Hinderniß an dem Vollzuge des ihrem Sohne Alexander zugewendeten Geſchenkes war, zur nothwendigen Folge hat, daß dieſes Geſchenk, welches keineswegs nichtig war, ſondern nur aus Mangel an verfügbarem Vermögen keine Wirkung äußern konnte, nunmehr angeſprochen werden kann, — wird die eingelegte Caſſation verworfen.

20. Dezember 1843. Ottendorff.

Beiblatt

zu den

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte,

enthaltend

Entſcheidungen franzöſiſcher Gerichtshöfe,

insbeſondere

des Caſſationshofs,

über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 5. Karlsruhe den 22. Auguſt 1846.

20.

Wenn ein Vater ſeinen Kindern ein den Freitheil erſchöpfendes Geſchenk als einen Voraus außer dem Erbtheil gibt, ſo iſt dieſe Schenkung auf den Freitheil und nicht auf den Pflichttheil einzurechnen; ſpätere freigebige Verfügungen bleiben daher ohne Wirkung, und ſelbſt dann, wenn ſich der Vater bei der Schenkung die freie Verfügung über ſein übriges Vermögen vorbehalten hatte *).

C. c. Art. 919, 920.

Sirey 1844 I. S. 227—229.

Dieſe Entſcheidung wurde in folgendem Falle gegeben: Angot ſchenkte am 4. Dezember 1840 ſeinen Kindern mehrere Liegenſchaften, deren Werth den Freitheil ſeines Vermögens überſtieg, als einen Voraus außer dem Erbtheil, behielt ſich aber hiebei die freie Verfügung über ſein übriges Vermögen vor. Nach ſeinem Tode fand ſich ein Teſtament vom Jahre 1841, worin er der Auguſte Bailleul ſein Fahrnißvermögen vermacht hatte. Die Kinder Angot's behaupteten nun, daß dieſes Vermächtniß keine Wirkung haben dürfe, da das frühere Geſchenk ihnen ausdrücklich als ein Voraus außer dem Erbtheil gegeben worden ſei. Die Bailleul berief ſich dagegen darauf, daß der Erblaſſer ſich die freie Verfügung über ſein übriges Vermögen vorbehalten, und damit ausgeſprochen habe, daß das Geſchenk auf den Pflichttheil einzurechnen ſei. Dieſer Einwendung gegenüber führten die Angot'ſchen Erben aus: man könne nicht annehmen, daß in einer und derſelben Verfügung zwei ſich widerſtreitende Beſtimmungen enthaten ſeien. Durch die Auslegung der Bailleul würde aber die Beſtimmung, daß das Geſchenk ein Voraus ſein ſolle, vereitelt; man müßte daher annehmen, der Schenker habe durch den Vorbehalt der Verfügung über ſein übriges Vermögen, ſich andere als freigebige Verfügungen reſerviren wollen.

27. November 1843.

21.

Der Vertrag, wodurch Jemand ſeine Fahrniſſe, welche er gerade beſitzt, und zur Zeit ſeines Todes beſitzen wird, ſo wie die Liegenſchaften, deren Eigenthümer er gerade iſt, verkauft, iſt nichtig.

C. c. 1130, 1174.

Sirey 1844 I. S. 229—233.

Besnier verkaufte am 25. October 1830 an Brodhomme, den Neffen ſeiner Frau, ſeine ſämmtlichen Fahrniſſe, „welche er beſitze, und zur Zeit ſeines Todes beſitzen werde, ſo wie alle Liegenſchaften, deren Eigenthümer er gerade ſei mit dem Vorbehalte der lebenslänglichen Nutznießung für ſich und ſeine Ehefrau“, zuſammen um den Preis von 8000 Franks, von welchen der Verkäufer 4000 Francs erhalten zu haben ſogleich beſcheinigte. Der Reſt ſollte nach des Verkäufers und ſeiner Ehefrau Tod unter verſchiedene Erben des Erſteren vertheilt werden. — Nach dem Tode Besniers griffen ſeine Erben dieſen Act als nichtig an, weil er keinen Kauf, ſondern eine verdeckte Erbeseinſetzung — welche nur in Form eines letzten Willens bewirkt werden könne — enthalte;

*) In einem ähnlichen Falle hatte der Caſſationshof eine entgegengeſetzte Entſcheidung gegeben. Sirey 1835 I. S. 914.

Digitized by Google

ſodann weil die in dem Vertrage begriffenen Fahrniſſe nicht beſtimmt bezeichnet ſeien, endlich weil dieſer Act auf allen Fall nur ein Uebereinkommen über eine noch unangefallene Erbſchaft enthalte.

Das Tribunal von Chataubriand erklärte den Act vom 25. October 1830 für nichtig, und zwar aus folgenden Gründen, welche der Königliche Gerichtshof von Rennes adoptirte, und denen im Weſentlichen auch der Caſſationshof beitrat:

1) Eine gewiſſenhafte Prüfung des Vertrages vom Jahre 1830, und des Verhältniſſes, in welchem die Vertragsperſonen zu einander geſtanden, zeige, daß unter der Form eines Verkaufes eine wahre Erbeseinſetzung — welche nur unter der Form eines letzten Willens hätte errichtet werden können — bezweckt worden ſei; denn in thatſächlicher Beziehung ſei erwieſen, daß Besnier, nachdem er ſeine Ehefrau Brodhomme geheirathet, deren Neffen zu ſich genommen, für ſeinen Unterhalt, ſeine Erziehung und Ausbildung geſorgt, und ihm beträchtliche Vortheile zugewendet habe. Die Liebe, welche Besnier zu dem Neffen ſeiner Frau durch dieſe Handlungen gezeigt, habe ſich auch wieder in dem Vertrage vom Jahre 1830 kund gegeben. Denn Besnier ſei durch ſeine Verhältniſſe keineswegs genöthigt geweſen, ſeine Fahrniſſe und Liegenſchaften zu verkaufen. Der Zweck dieſes Actes ſei vielmehr geweſen, dem Erben ſeiner Frau ſein Vermögen zuzuwenden, und die eigenen Erben, welche nur 4000 Francs erhalten ſollten, auszuſchließen. Für dieſe Auslegung ſpreche auch, daß Besnier das Eigenthum an ſeinen Fahrniſſen, die er beſeſſen, in der That nicht habe verkaufen wollen. Denn er habe ſeinen Handel nach wie vor dem Vertrage fortbetrieben. Wäre es aber wirklich ſeine Abſicht geweſen, das Eigenthum an ſeinen Fahrniſſen noch bei ſeinen Lebzeiten wegzugeben, ſo hätte er ſich damit ja der Verfügungsgewalt über ſein Geld, ſeine Papiere, ſeine Waaren u. ſ. w. entäußert, wodurch ſeine ganze Handelsthätigkeit gelähmt worden wäre.

2) Betrachte man den Act vom 25. October 1830 als einen Kauf, ſo ſei er in mehrfacher Beziehung nichtig, denn a) zu einem gültigen Kaufe gehöre ein beſtimmt bezeichneter Gegenſtand. Dieſer fehlte aber dem fraglichen Uebereinkommen. Denn nehme man an, Besnier habe nur die Fahrniſſe verkaufen wollen, welche zur Zeit ſeines Todes vorhanden ſein würden — wie er denn auch vor ſeinem Tode alle Verfügungsgewalt über ſein Fahrnißvermögen ausgeübt habe — ſo ſei es in ſeiner Macht geſtanden, alle oder den größten Theil der zur Zeit des Vertrags vorhandenen Fahrniſſe verſchwinden zu laſſen; der Vertrag ſei daher auch wegen der darin enthaltenen Poteſtativbedingung nichtig, Art. 1174; ferner: Besnier habe im Ehevertrage ſeiner Frau ſein ſämmtliches Fahrnißvermögen und zwar mit der Befugniß, darüber durch Verkauf oder auf andere Weiſe zu verfügen, zugeſagt. Würde nun die Wittwe Besnier's von dieſer Befugniß Gebrauch machen, ſo ergebe ſich wiederum, daß der Vertrag vom Jahre 1830 hinſichtlich der Fahrniſſe ohne Gegenſtand ſei. b) Soweit ſich dieſer Vertrag auf die Fahrniſſe, welche der Verkäufer hinterlaſſen würde, beziehe, ſei er weiter nichtig, weil er ein Uebereinkommen über einen Theil ſeiner noch unangefallenen Hinterlaſſenſchaft enthalte, daher gegen die Verbote der Art. 1130 und 1600 verſtoße. Dieſe Nichtigkeitsgründe (unter 2 a. und b.) ſeien zwar nur auf den Verkauf der Fahrniſſe anzuwenden, allein aus ihnen folge auch die Nichtigkeit des Verkaufs der Liegenſchaften. Denn wenn mehrere Gegenſtände um einen und denſelben Preis verkauft würden, ſo enthalte dieſer Verkauf nur einen und denſelben untheilbaren Vertrag, welcher durchaus nichtig ſei, ſobald er in einzelnen ſeiner Theile nicht zu Recht beſtehe.

14. November 1843.

22.

Die gegen einen Ehegatten erkannte Trennung von Tiſch und Bett bewirkt nicht den Widerruf der ihm von dem andern Ehegatten gemachten Geſchenke.

C. c. Art. 299, 959.
Sirey 1844 I. S. 235—237.

Die Ehefrau Levarbt erwirkte gegen ihren Mann Trennung von Tiſch und Bett, und der Königliche Gerichtshof von Rouen ſprach als Folge dieſes Urtheils aus, daß die dem Unterliegenden von ſeiner Ehefrau gemachten Geſchenke wegen Undanks des Erſteren für widerrufen zu erachten ſeien. Der Caſſationshof, ſeiner bisherigen Uebung treu, welcher der conſtante Gerichtsgebrauch der Königlichen Gerichtshöfe entgegen iſt, caſſirte dieſes Urtheil im Weſentlichen aus denſelben Gründen, welche er ſeinen früheren Erkenntniſſen unterbreitet hatte.

Digitized by Google

(Man vergleiche deßhalb den in dem Beiblatte IV. der Annalen von 1845 unter Nr. 12 angeführten Fall).

21. November 1843.

23.

Die Zutheilung der Looſe an die einzelnen Miterben kann nur durch Uebereinkunft der Parteien, oder durch Verlooſung geſchehen. — Der Auftrag des Richters an Sachverſtändige, die Looſe zu fertigen, und ſie zuzutheilen, iſt nur ein Deciſivdecret, und kein Urtheil, was die Einrede der entſchiedenen Sache begründet.

C. c. Art. 827, 834, 835, 1351.
Sirey 1844 I. S. 301 — 303.

Die Dulac'ſchen Erben geriethen über die Art der Theilung des väterlichen Nachlaſſes in Uneinigkeit, und begehrten daher eine gerichtliche Theilung. Das Tribunal von Agen ernannte durch Beſchluß vom 31. Auguſt 1836 Sachverſtändige, und gab dieſen den Auftrag, zu unterſuchen, ob die Maſſegegenſtände ihrer Natur nach theilbar ſeien, und im bejahenden Falle zur Theilung zu ſchreiten, welche durch Zutheilung der Looſe an die einzelnen Erben vorzunehmen ſei. Die Sachverſtändigen fertigten nun einen Bericht, worin ſie die Erbſchaftsobjecte für im Stücke theilbar erklärten, 5 Looſe bildeten und jedem der Erben ein ſolches zutheilten. Vier der Miterben verlangten die gerichtliche Beſtätigung dieſes Berichtes; der fünfte, Anton Dulac, bat um Verwerfung, indem er erklärte, daß die Zutheilung der Looſe an die einzelnen Erben nur durch Verlooſung geſchehen könne, und nicht durch die Zuweiſung von Seiten des Theilungsrichters. Allein ſowohl das Tribunal als der Königliche Gerichtshof von Agen ertheilten dem berichtlichen Gutachten der Sachverſtändigen ihre Zuſtimmung. Anton Dulae wandte ſich nun wegen Verletzung der Art. 827 und 834 des C. c. an den Caſſationshof; die Caſſationsbeklagten aber ſchützten einredend vor, daß der Beſchluß des Tribunals vom 31. Auguſt 1836 die Rechtskraft ſchon längſt beſchritten habe, und die Art der Vornahme der Theilung daher endgültig entſchieden ſei. Der Caſſationshof verwarf dieſe Einrede, indem er den erwähnten Beſcheid des Tribunals für einen Zwiſchenbeſcheid erklärte, welchem ſomit die Kraſt eines endgültigen Erkenntniſſes nicht beigelegt werden könne. In der Sache ſelbſt entſchied der höchſte Gerichtshof, daß, da das Geſetz, die Form und die Art der Vornahme gerichtlicher Theilungen beſtimmt vorgeſchrieben habe, es dem gerichtlichen Ermeſſen nicht anheim gebe, die Form der Theilungen im einzelnen Falle zu regeln; wenn daher, wie im Dulac'ſchen Nachlaſſe, die Liegenſchaften der Theilung im Stücke empfänglich wären, ſo müßten nach der Vorſchrift der Art. 834, 835 C. c. möglichſt gleiche Antheile gebildet, und dieſe an die Miterben verlooſt werden. — Es wurden ſomit die früheren Urtheile wegen Verletzung der Art. 834 und 835 C. c. caſſirt.

19. März 1844.

24.

Gegen die von einem Miterben an einen der andern geſchehene Uebertragung ſeines Rechtes auf die Erbmaſſe kann die Umſtoßungsklage wegen Verletzung über ein Viertheil auch dann angeſtellt werden, wenn die Ceſſion nur die Gemeinſchaft zwiſchen dieſen beiden Miterben aufhebt, ſollte ſelbſt die Erbſchaft unter den übrigen Miterben noch ungetheilt bleiben.

Die Anführung der Worte: „Der Verkauf geſchieht auf des Käufers eigene Gefahr" in der Vetragsurkunde ſteht der Umſtoßungsklage nicht entgegen; wenn der Käufer nicht in der That ein gewagtes Geſchäft eingegangen hat.

C. c. 887, 888, 889.
Sirey 1844 I. S. 307 — 310.

Bernard, Cuſin und Thevenet waren Erben ihrer kurz nacheinander verſtorbenen Oheime Stephan und Benedict Bernard. Am 16. Januar 1833, ehe noch die beiden Hinterlaſſenſchaften getheilt waren, trat Thevenet ſeine Rechte hieran dem Cuſin für 1000 Francs ab. In die Vertragsurkunde ſind die Worte aufgenommen: „die Abtretung geſchieht auf des Ceſſionars eigene Gefahr." Bei der ſpäter vorgenommenen Theilung erhielt Cuſin über 30,000 Francs, und nun ſtellte Thevenet eine Umſtoßungsklage gegen den Vertrag vom 16. Januar 1833 auf den Grund der Ueberliſtung und der Verkürzung über ein Viertheil an. — Die Vertheidigung des Cuſin enthielt folgende Ausführung: 1) Die Artikel 887, 888 C. c. ließen nur dann eine Umſtoßungsklage zu, wenn

Digitized by Google

der Act, um deſſen Beſeitigung es ſich handle, entweder eine wirkliche Theilung oder ein ihr gleichgeltendes Rechtsgeſchäft, wodurch die Gemeinſchaft unter ſämmtlichen Miterben aufgehoben werde, enthalte. Dies ſei hier nicht der Fall, die Erbſchaft ſei unter zwei Miterben noch ungetheilt, und durch die Ceſſion ſei die bisher beſtandene Gemeinſchaft nicht aufgehoben, vielmehr nur ein ideeller Erbantheil eines Miterben auf einen andern — den Beklagten — übertragen worden, welcher nun die Erbſchaftsansprüche von zweien Miterben in ſich vereinige. 2) Ueberdies würde die Umſtoßungsklage nur dann zuläſſig ſein, wenn nachgewieſen würde, nicht nur daß der Ceſſionar gefährdevoll gehandelt habe, ſondern auch, daß bei dem Vertrage *nicht* ſtipulirt worden ſei, die Uebertragung der Erbſchaft geſchehe auf des Käufers eigene Gefahr. Das Letztere ſei aber bedungen worden, und eine Gefährde nicht vorhanden. Wäre eine ſolche aber auch unterlaufen, ſo müßte der Kläger abgewieſen werden, weil eine der *beiden* Bedingungen, welche das Geſetz für die Zuläſſigkeit der Umſtoßungsklage *zugleich* verlange, fehle.

Das Tribunal von Lyon erkannte zu Gunſten des Klägers. Die Entſcheidungsgründe ſprechen ſich dahin aus: Thevenet ſei durch die Uebertragung ſeines Erbantheils an Cuſin um mehr als ein Viertheil verletzt; der hierauf gegründeten Umſtoßungsklage ſtehe Art. 889 C. c. nicht entgegen. Denn lege man dieſen Artikel nach dem Geiſte des Geſetzes aus, ſo genüge es zur Abwendung der Klage nicht, daß die Beſtimmung: „der Käufer des Erbantheils habe die Gefahr zu übernehmen," in den Vertrag aufgenommen werde, ſondern der Käufer müßte auch in der That ein gewagtes Geſchäft dadurch eingehen. Nach dem Ergebniß der thatſächlichen Erörterungen ſei zur Zeit der Ceſſion die Größe der beiden Hinterlaſſenſchaften allerdings ungewiß, für Cuſin aber keinenfalls ein Wagniß, daß der Betrag des von ihm übernommenen Antheils unter dem dafür gezahlten Kaufpreiſe bleiben werde, vorhanden geweſen. Es komme daher gar nicht darauf an, ob der Beklagte auch noch gefährdevoll gehandelt habe. — Der Königliche Gerichtshof von Lyon beſtätigte das Urtheil des dortigen Tribunals und adoptirte deſſen Entſcheidungsgründe, welchen er noch Folgendes beifügte: Aus der Zuſammenſtellung der Art. 887, 888, 889 C. c. erhelle, daß die Umſtoßungsklage wegen Verkürzung nicht nur dann Statt finde, wenn durch einen Vertrag die Gemeinſchaft unter ſämmtlichen Miterben aufgelöſt werde, ſondern auch dann, wenn dieſes nur unter zweien derſelben ſtatt habe. Dies entſpreche nicht nur dem Zwecke der Umſtoßungsklage, durch welche eine durch Irrthum oder Gefährde bewirkte Verletzung der Gleichheit in den Antheilen der einzelnen Miterben wieder gut gemacht werden ſolle, ſondern es gehe auch aus dem Wortlaute *) des Art. 889 hervor, wo es ausdrücklich heiße: die Klage finde nicht Statt gegen einen Verkauf, wodurch *einer* oder *mehrere der Miterben* dem andern ihr Erbrecht abgetreten haben.

Der Caſſationshof, an welchen ſich der Beklagte nun wandte, verwarf das eingelegte Rechtsmittel, im Weſentlichen aus den bereits angegebenen Gründen.

20. März 1844.

25.

Wer in Folge eines Urtheils ohne einen Beiſtand nicht rechten darf, kann auch nicht als Appellant oder Caſſationskläger auftreten, wenn der ihm verordnete Beiſtand hiezu ſeine Zuſtimmung verſagt.

C. c. 513, 514.

Sirey 1844 I. S. 348, 349.

So entſchied der Caſſationshof, als der Königliche Gerichtshof von Bourges die Frau Barberaud, welcher gemäß dem Art. 513 C. c. ein Beiſtand vermittelſt richterlichen Urtheils verordnet worden war, mit einer von ihr allein eingeführten Appellation zurückwies. Die Barberaud hatte in ihrer Berufungsbeſchwerde angeführt, daß der ihr verordnete Beiſtand ſeine Zuſtimmung verſage, und gebeten, daß, wenn er auf dieſer Weigerung verharre, ihr ein anderer Beiſtand ernannt werde. In Beziehung auf dieſes Geſuch ſprach der Caſſationshof in den Entſcheidungsgründen zu ſeinem Erkenntniſſe aus, daß es der Caſſationsklägerin für den Fall unbenommen bleibe, einen andern Beiſtand zu begehren, wenn der bisherige von ſeinen Rechten einen Mißbrauch gemacht habe, — ohne daß jedoch der höchſte Gerichtshof von der Entſcheidung dieſes Geſuchs die Verwerfung der Appellation und Caſſation abhängig machte.

13. Februar 1844. Ottendorff.

*) Der franzöſiſche Text ſagt: „— — à l'un des cohéritiers par ses autres cohéritiers, ou *par l'un deux.*" Das Badiſche Landrecht iſt nicht ſo beſtimmt. Es ſagt: — — „wodurch ein oder mehrere Miterben dem andern ihr Erbrecht abgetreten haben."

Digitized by Google

Beiblatt

zu den

Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte,

enthaltend

Entſcheidungen franzöſiſcher Gerichtshöfe,

insbeſondere

des Caſſationshofs,

über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 6. Karlsruhe den 5. September 1846.

26.

Die Beſtimmung in einem Kaufvertrage, daß der Kaufpreis auf dem Geſchäftszimmer eines (benannten) Notärs bezahlt werden ſolle, ermächtigt dieſen Notär noch nicht zur Empfangnahme. — Das Ermeſſen des Richters darf jedoch entſcheiden, daß im einzelem Falle hiedurch eine ſolche Ermächtigung ertheilt worden ſei.

C. c. Art. 1239.

Sirey 1844 I. S. 321—323.

Dieſen Grundſatz ſprach der Caſſationshof in den Entſcheidungsgründen zu ſeinem Urtheile in folgendem Falle aus:

Die Eheleute Griſon ließen durch den Notar Heu zu Chambly einen Theil ihrer Fahrniſſe öffentlich verſteigern. Unter den Verſteigerungsbedingungen war auch die Beſtimmung enthalten, daß der Kaufpreis zu Creuil auf dem Geſchäftszimmer des Notärs Gaſtineau entrichtet werden ſolle. Die Steigerer zahlten auch an Gaſtineau. Dieſer ſchickte die von ihm erhobenen Gelder an den Notär Heu, bei welchem alsbald von verſchiedenen Gläubigern der Griſon'ſchen Eheleute gegen die Auszahlung der Kaufſchillinge Einſprache erhoben wurde. Heu übergab daher das ihm überantwortete Geld an die Hinterlegungskaſſe, und es war bereits bei dem Tribunale von Senlis das Vertheilungsverfahren nach dem Verhältniſſe der Forderungen eröffnet, als Michel den Steigerern eröffnen ließ, daß ihm von Griſon die Kaufſchillinge cedirt worden ſeien. Allein dieſe befanden ſich ſchon in den Händen des Gerichts, und die Ceſſion und deren Signifikation blieb daher ohne Wirkung. Michel verſuchte nun geltend zu machen, daß Gaſtineau zur Empfangnahme der Kaufſchillinge nicht ermächtigt geweſen, und deßhalb die Steigerer durch deren Zahlung an ihn von ihrer Schuld nicht befreit worden ſeien. Allein der Caſſationshof nahm an, daß nach den vorliegenden Umſtänden Gaſtineau zur Empfangnahme allerdings ermächtigt geweſen ſei.

12. März 1844.

27.

Der gerichtlich verordnete Beiſtand eines Verſchwenders kann Wiederherſtellung gegen ein Verſäumungserkenntniß ſuchen, welches auf eine gegen den Letzteren gerichtete Klage erging, wenn die Ladung dieſem und dem Beiſtand zugleich zugeſtellt war.

C. c. Art. 513.

Sirey 1844 I. S. 346—348.

Die Dame Crétot beſaß einen auf den Prinzen von Eckmühl gezogenen, und von dieſem bereits acceptirten Wechſel. Gleichwohl zahlte der Prinz nicht. Die Crétot belangte ihn daher und ließ zugleich dem Grafen von

Digitized by Google

Contard, welcher dem Prinzen von Eckmühl wegen ſeiner verſchwenderiſchen Lebensweiſe als Beiſtand vom Gericht beigeordnet worden war, die Ladung behändigen. Auf die Klage erfolgte ein Verſäumungserkenntniß. Der Graf von Contard erhob Einſprache, und ſuchte um Wiederherſtellung nach, indem er behauptete, daß in dem Wechſel die Angaben des Ortes und des Werthes gefälſcht ſeien. Die Klägerin beſtritt dem Grafen von Contard die Legitimation zu dieſer Einſprache, da er ſie ohne Beiwirkung des Beklagten erhoben habe. Das Handelsgericht und der königliche Gerichtshof von Paris erklärten dieſes Vorbringen für unbegründet, indem der Zweck des Geſetzes nicht erfüllt würde, wenn der gerichtlich verordnete Beiſtand eines Verſchwenders nicht das Recht haben ſollte, vor Gericht allein zu handeln, um ihn zu vertheidigen; denn ſonſt ſtünde es ja in der Macht des Verſchwenders Verpflichtungen zu übernehmen, ſodann im Einverſtändniſſe mit ſeinen Gläubigern Verſäumungserkenntniſſe gegen ſich ergehen zu laſſen, und ſo dieſen vollzugsreife Urkunden gegen ſich zu verſchaffen. Die Klägerin wandte ſich nun an den Caſſationshof; deſſen Erkenntniß lautet: In Erwägung, daß der gerichtlich verordnete Beiſtand eines Verſchwenders zwar nicht das Recht hat, allein ohne deſſen Vorwiſſen, oder in deſſen Abweſenheit — für ihn zu handeln, daß es aber jedenfalls ſeine Pflicht iſt, ihn gegen alle Klagen zu vertheidigen; In Erwägung, daß die Klägerin, indem ſie den Grafen von Contard als gerichtlich verordneten Beiſtand des Beklagten vor das Handelsgericht hat laden laſſen, ſelbſt anerkannt hat, daß nur dann eine rechtsgültige Verurtheilung gegen einen Verſchwender ergehen kann, wenn ihm ein Beiſtand zur Seite geſtanden iſt, nur in dieſer Eigenſchaft aber der Graf von Contard in dem Verſäumungserkenntniß genannt iſt, er ſomit, wie jede andere verurtheilte Perſon, auch das Recht haben muß, Wiederherſtellung zu ſuchen; In Erwägung, daß der Prinz von Eckmühl ſeinen Beiſtand auf keinerlei Weiſe dieſes Rechtes berauben kann, — verwirft der Caſſationshof das eingelegte Rechtsmittel. *)

27. Dezember 1813.

28.

Wenn ein in Gütergemeinſchaft lebendes Ehepaar ein zu der Gemeinſchaft gehörendes Grundſtück gegen eine Summe Geldes, und eine bis zu dem Tode des Längſtlebenden der Eheleute zu zahlende Leibrente verkauft, und der Mann zuerſt ſtirbt, ſo kann die Wittwe die Leibrente für ſich in Anſpruch nehmen, wenn ſie ſich auch der Gütergemeinſchaft entſchlägt.

C. c. Art. 1492.

Sirey 1844 I. S. 409—412.

Die in Gütergemeinſchaft lebenden Ehegatten Delagarde verkauften im Jahre 1813 ein von ihnen kurz zuvor erworbenes Haus an Dorſenne um die baar zu entrichtende Summe von 200 Franken, und eine Leibrente von 600 Franken, welche bis zu dem Tode des von den beiden Ehegatten Längſtlebenden gezahlt werden ſollte. Der Ehemann ſtarb zuerſt. Seine Wittwe entſchlug ſich der Gütergemeinſchaft, und verlangte nur die Rückgabe ihres Beibringens. Zugleich aber ſprach ſie als ihr Eigenthum die Leibrente an, welche durch den Tod ihres Mannes auf ſie übergegangen ſei. Langellé, einer der Gläubiger der Erbmaſſe, behauptete dagegen, daß die Leibrente nur auf den Fall für die Frau ſtipulirt worden ſei, wenn ſie die Gütergemeinſchaft annähme; daß daher die Entſagung auf die Gemeinſchaft auch den Verzicht auf die Leibrente nach ſich ziehe, und ſomit die Leibrente, ſo lange die Wittwe lebe, an die Rechtsnachfolger des verſtorbenen Delagarde gezahlt werden müſſe. — Das Tribunal entſprach dem Geſuche Langellés. Der königliche Gerichtshof von Orleans aber änderte dieſes Urtheil ab, und ſprach den Genuß der Leibrente der Wittwe Delagarde zu. Er ging hiebei von der Anſicht

*) Den gleichen Ausſpruch that der Kaſſationshof J. S. Thirion — Montauban c. C. de Contard (Sirey 1842 I. S. 60) Darüber, daß der gerichtliche verordnete Beiſtand des Verſchwenders ohne Mitwirkung des Letzteren keine Klage erheben darf, iſt, wie Devilleneuve in der Note zu obigem Falle zeigt, weder bei den Gerichten (Sirey 1841 II. S. 224) noch unter den Schriftſtellern Streit. Toullier tom II. Nr. 1366 und 1382; Favard, repertoire unter Conseil judiciaire t. I. p. 664; Duranton t. III. Nr. 796; Roland de Villargnes, repertoire unter Conseil judiciaire Nr. 16; Magnin, des Minorités, t. I., p. 900, Marcadé, elemens de droit civil, t. II. p. 813.

Digitized by Google

aus, daß keineswegs nur auf den Fall, daß die Ehefrau dereinſt die Gütergemeinſchaft annehmen werde, die Leibrente auch für ſie beſtellt worden ſei, ſondern vielmehr als Gegenleiſtung dafür, daß ſie bei dem Verkaufe des Hauſes im Jahr 1813 mitgewirkt, und dadurch auf ihr geſetzliches Unterpfandsrecht auf dieſe Liegenſchaft verzichtet habe.

Langellé legte wegen Verletzung der Art. 1492, 1172, 2144 und 2145 C. c. gegen dieſes Erkenntniß Caſſation ein, welche er darauf ſtützte, daß die Leibrente den Preis einer der Gemeinſchaft angehörenden Liegenſchaft darſtelle, ſomit von der Wittwe als ein Theil der Gemeinſchaft, da ſie ſich derſelben entſchlage, auch nicht begehrt werden könne. Die Mitwirkung der Frau bei dem Verkaufe ändere hieran nichts; denn nehme man auch an, ſie habe nur unter der Bedingung, daß die Leibrente zugleich für ſie beſtellt werde, hiebei mitgewirkt, ſo ſei der hieraus abgeleitete Verzicht auf ihr Unterpfandsrecht, welcher nicht unter den Einſchränkungen der Artikel 2144, 2145 C. c. geleiſtet worden, und in Folge deſſen die Stipulation der Leibrente ſelbſt nichtig. — Der Caſſationshof trat jedoch dem angefochtenen Urtheile bei. Die Entſcheidungsgründe enthalten folgende Ausführung: So lange die Ehe daure, könne die Ehefrau nichts thun, was ihr dereinſtiges Wahlrecht in Beziehung auf die Annahme der Gütergemeinſchaft beeinträchtige, Art. 1453; es ſei daher der Uebergang der Leibrente auf die Wittwe auch nicht im Hinblick auf die Annahme der Gütergemeinſchaft ſtipulirt worden. Das Recht der Wittwe auf die Rente hänge ſomit auch nicht von der Annahme der Gemeinſchaft ab. Der Mann, als Herr der Gütergemeinſchaft könne allein und ohne Mitwirkung ſeiner Ehefrau Gemeinſchaftsliegenſchaften verkaufen Art. 1421, 1422, und eine Leibrente für ſeine Frau, gleichwie für einen Dritten beſtellen. Art. 1973. — Hätten aber die Parteien, die, wenn gleich nicht erforderliche Mitwirkung der Ehefrau bei dem Verkaufe des Hauſes gegen Stipulirung der Leibrente für nöthig erachtet, ſo müßte dieſer Vertrag gehalten werden. Die Anſicht des königlichen Gerichtshofes, daß die Frau durch dieſe Mitwirkung auf ihr Unterpfandsrecht verzichtet habe, ſei richtig; denn ohne dieſelbe würde das verkaufte Haus von dieſer geſetzlichen Hypothek zur Sicherung des eheweiblichen Beibringens allerdings erfaßt worden ſeyn. Die Art. 1172, 2144, 2145 paßten nicht hierher, weil eine in Gütergemeinſchaft lebende Ehefrau das ihr zuſtehende Unterpfandsrecht ohne Weiteres verringern könne. Ueberdieß ſtehe es nur der verzichtenden Ehefrau zu, den Akt des Verzichtes anzufechten

15. Mai 1844.

29.

Der Waarenverſender *) iſt dem Abſender für den genauen Vollzug ſeiner Weiſungen verantwortlich; auch dann, wenn ſie den Zweck hätten, die urſprüngliche Beſtimmung bereits verſendeter Waaren zu ändern. — Dieſelbe Verantwortlichkeit hat der Zwiſchenverſender für den Vollzug der ihm von dem Abſender unmittelbar zugegangenen Weiſungen.

C. c. Art. 1992, 1994. C. comm. Art. 96, 97, 101.
Sirey 1844. S. 417—419.

Am 19. September 1842 übergab Jonas Levy dem Waarenverſender Auffant einen Ballen Waaren zur Spedition an H. Grammont, Kaufmann zu Poitiers. Als Levy kurz darauf erfuhr, daß Grammont auf dem Punkte ſtehe zu failliren, ſo gab er am 21. September dem Auffant die Weiſung, das ihm zur Spedition übergebene Ballot zurückzuhalten. Allein dieſes war ſchon abgegangen. Auffant verſprach jedoch zu thun, was ihm noch möglich ſei. Er ſchrieb auch deßhalb an Blanc, ſeinen Correſpondenten zu Tours. Dieſer vom 21. September datirte, und am 22. zur Poſt gegebene Brief kam aber in Tours erſt an, als der Wagen, worauf das fragliche Ballot ſich befand, dieſen Ort wieder verlaſſen hatte.

*) Im Anhange zum Landrecht finden ſich die Wörter „Commissionaire“ und „Expediteur“ nicht auf gleichmäßige Weiſe überſetzt. In L.R.A.S. 96 iſt Commissionaire mit: „Waarenverſender (Spediteur)“, in L.R.A.S. 100, 102 mit „Verſender“, in L.R.A.S. 101 (worauf es hier vorzüglich ankommt) mit: „Beſorger“ überſetzt, während in dieſem Satze Expediteur mit „Verſender“, im L.R.A.S. 100 mit „Abſender“ und im L.R.A.S. 102 mit „Kaufbeſorger“ wiedergegeben iſt.

Digitized by Google

Levy hatte ſich inzwiſchen ebenfalls, und zwar unmittelbar an Blanc gewendet, um die Weiterbeförderung der an Grammont adreſſirten Waaren zu hindern. Allein Blanc weigerte ſich Folge zu leiſten, weil er von Levy keine Weiſungen zu empfangen habe; ſo gelangten denn die Waaren an Grammont, welcher in der That faillirte, und ſich außer Stande ſah, die ihm von Levy überſendeten Waaren zu bezahlen. Der Letztere betrat ſofort den Weg der Klage, und verlangte, daß Auffant und Blanc unter ſolidariſcher Haftbarkeit zur Entſchädigung verurtheilt würden. Das Handelsgericht von Rouen entſprach dieſem Geſuche, und zwar aus folgenden Gründen:

Die Nachläſſigkeit des Auffant, welcher erſt zwei Tage nach Empfang der Weiſung die abgegangenen Waaren zurückhalten zu laſſen, den hierauf bezüglichen Brief auf die Poſt gegeben, und der böſe Wille des Zwiſchenverſenders Blanc, welcher ſich geradezu geweigert habe, die Weiſungen des Abſenders zu vollziehen, ſeien offenbar die Urſache, daß die Waaren Levys in die Hände des zahlungsunfähigen Grammont gekommen, und dadurch Levy in Schaden gerathen ſei. Der dem Gewalthaber rechtlich gleichſtehende Waarenverſender ſei aber, wie dieſer, für jedes Verſehen verantwortlich, und ſelbſt für die leichteren, da er bezahlt ſei — C. c. Art. 1992 — ebenſo auch für die Verſehen ſeines Stellvertreters — des Zwiſchenverſenders. Der Gewaltgeber könne gegen den Stellvertreter unmittelbar klagen. C. c. Art. 1994. Der Zwiſchenverſender Blanc ſei daher auch verpflichtet geweſen, der unmittelbaren Weiſung des Abſenders Folge zu leiſten. Daß aber von Levy und nicht von einem Dritten, die Waaren abgeſendet worden ſeien, habe Blanc aus dem in ſeinen Händen befindlichen Frachtbriefe erſehen müſſen. — Dem Abſender der Waaren ſtehe auch nur allein das Recht zu, über die von ihm verſendeten Waaren zu verfügen. Der Verſender ſei daher nicht verantwortlich, wenn der Beſtimmungsort der zur Spedition übergebenen Waaren geändert werde, weil der Frachtvertrag nur mit dem Abſender abgeſchloſſen worden ſei. Art. 101 C. comm., Es beſtimme zwar Art. 100 C. comm., daß der Eigenthümer der verſendeten Waaren deren Gefahr trage; allein hiedurch ſei nicht entſchieden, wem das Eigenthum zuſtehe, ob dem Abſender, oder dem Empfänger. Für den Verſender ſei es am natürlichſten anzunehmen, daß der Abſender der Eigenthümer ſei; keinesfalls aber ſtehe es dem Erſteren zu, ſich zum Richter über dieſe Frage aufzuwerfen, und auf eigene Autorität ſie zu entſcheiden, ob der Abſender zu einer Contreordre berechtigt ſei, oder nicht. — Vor dem Caſſationshof, an welche der Rechtsſtreit wegen angeblich falſcher Anwendung der Art. 1992, 1994 C. c. und 101 C. comm. und wegen Verletzung der Art. 1583 C. c. und 100 C. comm. gelangte, behaupteten Auffant und Blanc, daß der Waarenverſender nicht allein des Abſenders, ſondern auch des Empfängers Gewalthaber ſei; und daß er durch den Frachtbrief verpflichtet werde, die Waaren an ihre Adreſſe abzuliefern. Der Abſender könne daher die bereits zur Spedition übergebenen Waaren nicht mehr zurücknehmen; denn es beſtehe nun ein Vertragsverhältniß zwiſchen drei Perſonen, und für ſich allein habe der eine Gewaltgeber nicht das Recht, den Gewalthaber ſeiner Verpflichtungen gegen den andern zu entbinden. — Der Zwiſchenverſender aber, welcher keineswegs Aftergewalthaber ſei, ſtehe lediglich mit dem Waarenverſender, mit dem Abſender aber in gar keiner Verbindung: er ſei daher auch nicht verpflichtet, deſſen Weiſungen Folge zu leiſten.

Der Caſſationshof verwarf das eingelegte Rechtsmittel, im Weſentlichen aus den vom Handelsgerichte zu Rouen ausgeſprochenen Gründen.

13. Februar 1844.

Ottendorff.

Im Verlag von Ch. Th. Groos in Karlsruhe iſt erſchienen:

Ueber das Verbot ganzer Verlagsfirmen.

Von

Heinr. Bernh. Oppenheim.

„Und wird uns der ganze Verlag verboten,
Verſchwindet am Ende von ſelbſt die Cenſur.“

H. Heine.

„— Ces Gouvernements ne veulent pas voir, que la force d'expansion de la presse est soumise, comme celle de gaz à la loi de Mariotte, et que cette force est en raison directe des poids comprimants.“ — —

A. Toussenel.

gr. 8. geheftet Preis 18 kr. — 6 Ngr.

Beiblatt
zu den
Annalen der Großherzoglich Badiſchen Gerichte,
enthaltend
Entſcheidungen franzöſiſcher Gerichtshöfe,
insbeſondere
des Caſſationshofs,
über Rechtsfragen aus dem Code civil.

Nro 7. Karlsruhe den 12. December 1846.

30.

Das Geſchenk der Nutznießung an Staatspapieren kann unter Umſtänden auch dann für gültig erachtet werden, wenn es nicht unter den für Schenkungen vorgeſchriebenen Formen gegeben worden iſt.

C. c. Art. 893, 931, 2279.
Sirey 1844 I. S. 465—467.

Fräulein Delacombe überlieferte den Erben des Grafen Perrégaux, als deſſen Verlaſſenſchaft geordnet werden ſollte, dreiprocentige, auf den Inhaber lautende Staatspapiere im Betrage von 10,000 Francs, und erklärte dabei Perrégaux habe ihr kurz vor ſeinem Tode dieſe Papiere eingehändigt und die Nutznießung daran geſchenkt. Als ſich aber die Perrégaux'ſchen Erben im Beſitze dieſer Papiere ſahen, ſo wollten ſie die Renten nicht zahlen, und verweigerten eben ſo der Delacombe die Rückgabe der von ihr vorgelegten Fonds unter dem Vorgeben, daß die Schenkung ungültig ſei; denn die Nutznießung an Renten tragenden Papieren — behaupteten ſie — könne nur in den für Schenkungen vorgeſchriebenen Formen verſchenkt werden, da die Nutznießung ein unkörperliches Recht ſei; an einer ſolchen Nutznießung ſei daher nicht, wie bei Fahrniſſen, bei welchen der Beſitz als Titel gelte, durch bloße Hingabe ihres Gegenſtandes ein Handgeſchenk möglich, da ein unkörperliches Recht nicht tradirt werden könne. — Allein die Schenkung wurde von dem Tribunale und dem Königlichen Gerichtshofe zu Paris, deren Anſicht der Caſſationshof beitrat, für gültig erklärt. Denn — ſagen die Entſcheidungsgründe des höchſten Gerichtshofes — bei dem beträchtlichen Vermögen, welches Perrégaux beſeſſen habe, und bei dem vertrauten Verhältniſſe, in welchem er zu der Delacombe geſtanden ſei, die von ihm alljährlich bedeutende Fonds zur Verfügung gehabt habe, würde es Niemandem aufgefallen oder gar als übertrieben erſchienen ſein, wenn er ihr das Eigenthum der erwähnten Papiere als ein Handgeſchenk gegeben hätte; und die Gültigkeit eines ſolchen würde nach der jetzigen Rechtsanſicht auch keinem Zweifel unterliegen. Sei aber ein Handgeſchenk ſolcher Papiere zu vollem Eigenthum rechtsgültig, ſo müſſe dieſes auch dann der Fall ſein, wenn die Schenkung nur auf einen Theil deſſelben die — Nutznießung — beſchränkt werde. 6. Februar 1844.

31.

Nahrungsgehalte und Leibrenten, welche durch Vermächtniß als unangreifbar bezeichnet ſind, können auch vor ihrer Verfallzeit cedirt werden.

C. c. Art. 537, 1598, 1293 3. C. proc. Art. 581. Proceßordnung §. 1022.
Sirey 1844 I. S. 468—471.

Die Ehefrau Normann vermachte ihrem Bruder Trublet eine Leibrente von jährlichen 500 Frcs., welche unangreifbar ſein und von ihrem Manne ausbezahlt werden ſollte. Im Jahre 1835 ſtreckte Normann ſeinem Schwager verſchiedene bedeutende Summen gegen das Verſprechen der Verzinſung vor. Beide Theile kamen bei Contrahirung dieſer Darlehen überein, daß die Zinſen jährlich und bis zur Zurückzahlung auf die Zieler der Leibrenten aufgerechnet werden ſollten. Im Jahre 1841

Digitized by Google

überwies aber Trublet die verfallenen Rentenzieler und zwar bis zum Betrage von 1300 Frcs. einem Dritten. Normann verweigerte die Zahlung, indem er auf die mit Trublet vereinbarte Wettſchlagungen hinwies. Dieſer aber erklärte nun, daß er gar nicht berechtigt geweſen ſei, darein zu willigen, daß noch nicht verfallene Zieler einer für unangreifbar erklärten Leibrente mit von ihm erhaltenen Darlehen oder deren Zinſen wettgeſchlagen würden. — Das Tribunal von Rennes verurtheilte den Normann zur Zahlung. Der Königliche Gerichtshof dortſelbſt reformirte aber dieſes Urtheil und wies den Trublet ab. Dieſer wandte ſich nun an den Caſſationshof und ſtellte ſeine Beſchwerde dahin auf, daß der Königliche Gerichtshof die Wettſchlagung noch nicht fälliger Zieler einer Rente für zuläſſig erklärt habe, welche von ihm ſelbſt als unangreifbar und ihrer Natur nach als ein Nahrungsgehalt erkannt worden ſei, während eine ſolche Wettſchlagung Art. 1293 C. c. nicht zulaſſe, und Art. 581 C. proc den Gerichtszugriff auf eine derartige Rente unterſage. Das Erkenntniß des Caſſationshofes lautet: In Erwägung, daß nach Art. 537 C. c. jeder über alles, was ihm gehört, verfügen kann, ſo lange kein beſonderes Geſetz entgegenſteht, daß, wenn Art. 581 C. proc. Nahrungsgehalte für unangreifbar erklärt, hieraus nur hervorgeht, daß man nicht wider ſeinen Willen ſolcher Gehalte beraubt werden darf, daß aber der Berechtigte gleichwohl hierüber verfügen kann, und daß eine freiwillige Ceſſion mit Nichtigkeit nicht bedroht iſt. In Erwägung, daß, wenn der in Frage liegende Nahrungsgehalt nach Art. 1293 3 C. c. auch nicht Gegenſtand einer gezwungenen Wettſchlagung ſein kann, der Berechtigte doch die Verfallzieler deſſelben cediren, und folgeweiſe auch die Wettſchlagung mit Darleben, welche er zur Deckung ſeiner Bedürfniſſe empfangen hatte oder mit deren Zinſen bewilligen konnte;

Aus dieſen Gründen hat der Königliche Gerichtshof die Art. 581 C. proc. und 1293 C c. nicht verletzt.

1. April 1844.

32.

Derjenige, deſſen Eigenthum längs eines fließenden Waſſers hinzieht, darf ſich deſſelben zur Wäſſerung nicht auf eine Weiſe bedienen, daß dadurch das Waſſer auf das niedriger gelegene Grundſtück geführt und dieſes beſchädigt wird. Der Eigenthümer des letzteren Grundſtückes iſt zur Aufnahme ſolchen Waſſers nicht verpflichtet.

C. c. 644, 640.
Sirey 1844 I. S. 478, 479.

Collanges errichtete auf ſeiner längs eines Baches hinziehenden Wieſe Dämme und Gräben, vermittelſt welcher er dieſelbe bewäſſerte. Das Waſſer ſickerte aber in der Erde unter dem Grasboden fort und drang in den niedriger als die Wieſe gelegenen Keller des Auzat ein. Auf die Klage des Letzteren verurtheilte das Friedensgericht den Collanges zur Beſeitigung der von ihm angelegten Werke; das Tribunal von Iſoire änderte aber dieſes Urtheil ab, indem es dem Collanges die Befugniß zuerkannte, ſein Eigenthum auf jede Weiſe zu benutzen, auch wenn ſeinem Nachbar hiedurch Schaden zugehe, und zwar ſei er in dem vorliegenden Falle hiezu um ſo mehr berechtigt, als der Schaden nur von der niedrigeren Lage des klägerſchen Grundſtückes herrühre. Art. 644, 640 C. c. — Der Caſſationshof caſſirte jedoch das Urtheil des Tribunals, „da Art. 644 C. c., wenn er auch dem Anlieger eines Baches das Recht gebe, ſich deſſelben zur Bewäſſerung ſeines Grundſtückes zu bedienen, doch nicht erlaube, dieß auf eine Weiſe zu thun, daß dadurch dem niedriger gelegenen Grundſtücke, ſei es nun auf oder unter der Oberfläche — Waſſer zugeführt werde, welches ihm nach der Lage des Ortes allein nicht zugefloſſen wäre; denn dadurch werde die aus der Lage des Ortes entſpringende geſetzliche Dienſtbarkeit dem Verbote des Art. 640 C c. entgegen erſchwert.“

26 März 1844.

33.

Wenn eine Ehefrau ihren Mann zur Uebernahme von Verbindlichkeiten auf ihren Namen zum Zwecke der Deckung ſeiner Schulden ermächtigt, ſo müſſen in der deßfallſigen Vollmacht die einzelnen Schulden genau bezeichnet ſein, ſonſt ſind die im Namen der Frau eingegangenen Verbindlichkeiten nichtig.

C. c. Art. 223, 198, 1538, 1998.
Sirey 1844 I. S. 492, 493.

Dieſen Grundſatz ſprach der Caſſationshof unter Hinweiſung auf die angeführten Artikel des C. c. in folgendem Falle aus. Die Ehefrau Dubois hatte ihrem Manne eine alſo gefaßte Vollmacht ausgeſtellt: „ſie ermächtige ihn, in ihrem Namen die Verbindlichkeit zu übernehmen, daß ſie mit ihm gemeinſchaftlich und ſammtverbindlich alle Summen zahlen werde, welche er ſchulde oder entliehen habe, von wem und aus welchem Rechtsgrunde es auch ſei, und daß ſie in Folge dieſer Verbindlichkeitsübernahme, allen ſeinen vorhandenen Gläubigern für den Betrag ihrer Forderungen die Priorität vor ihrem geſetzlichen Pfandrechte einräume." Daraufhin nahm Dubois, um ſeine Schulden zu decken, auf den Namen ſeiner Frau ein Darlehn von 40,000 Frcs. auf, welches ſpäter, weil die Vollmacht wegen ihrer allgemeinen Faſſung keine Rechtswirkung habe, von der Frau nicht anerkannt wurde. Der Königliche Gerichtshof von Paris ſah die Vollmacht als genügend an und verurtheilte die Dubois zur Zahlung. Allein der höchſte Gerichtshof caſſirte dieſes Urtheil. 18. Juni 1844.

34.

Wenn Jemand, dem früher aus geſetzlicher Ehe keine Kinder geboren waren, und welcher einem anerkannten, natürlichen Kinde eine Schenkung unter Lebenden gemacht hatte, ſpäter ein eheliches Kind bekommt, ſo wird durch deſſen Geburt die Schenkung nicht widerrufen.

C. c. Art. 960.

Sirey 1844. II. S. 49–56, I. S. 506–508.

Hippolyt Biscuit gab ſeine natürliche, von ihm anerkannte Tochter Pauline Laurence dem Lebrun zur Frau und ſchenkte ihr im Heirathsvertrage als Ausſteuer Liegenſchaften im Werthe von mehr als 200,000 Frcs. Bald darauf verheirathete er ſich mit einem Fräulein Moritz, welche ihm einen Sohn gebar. Zwei Jahre ſpäter wurde Biscuit zahlungsunfähig und ſtarb kurze Zeit darauf. Die Gläubigerſchaft verlangte nun von der Ehefrau Lebrun Herausgabe der Liegenſchaften, da die Schenkung, wodurch ſie dieſelben überkommen habe, durch die Geburt des ehelichen Sohnes Biscuit's als widerrufen gelte. Das Tribunal der Seine hielt dieſe Forderung für begründet, da die Stelle im Art. 960 „von Perſonen, welche keine Kinder haben" ſich nur auf eheliche Kinder beziehe. — Nachdem fünf Gutachten von verſchiedenen Rechtsgelehrten (auch eines von Pardeſſus) erhoben worden waren, änderte der Königliche Gerichtshof von Paris dieſes Urtheil ab und wies die Klage zurück. Der Königliche Gerichtshof ging hiebei von der Anſicht aus daß der Geſetzgeber den Widerruf einer einem unehelichen anerkannten Kinde gemachten Schenkung nicht beabſichtigt haben könne, weil er demſelben gewiſſe Rechte auf den Nachlaß des anerkennenden Aelterntheils, welche in den Art. 757 bis 760, 908 C. c. beſtimmt geregelt ſeien, gegeben und damit demſelben eine geſicherte Stellung anzuweiſen habe. Schenkungen von Lebenden an ein ſolches Kind ſeien demnach nur als ein Voraus auf ſeinen zukünftigen Antheil an dem Nachlaß des Schenkers zu betrachten, und wohl der Einwerfung und der Minderung unterworfen, nicht aber dem Widerrufe wegen ſpäteren Erſcheinens eines ehelichen Sprößlings. Ueberdieß ſei durch die in Frage ſtehende Schenkung dem natürlichen Kinde von ſeinem Vater eine Ausſteuer beſtellt und dadurch eine natürliche Verbindlichkeit freiwillig erfüllt worden, welche keine Rückforderung zulaſſe, Art. 1235. — Der Caſſationshof trat im Weſentlichen aus denſelben Gründen, dieſem Erkenntniſſe bei. 10. Juni 1844.

35.

Die Klage auf Abtretung eines verkauften Guts, wegen Nichtzahlung des Kaufpreiſes durch den erſten Erwerber iſt durch den Ablauf von 10, beziehungsweiſe von 20 Jahren gegen den dritten Beſitzer, welcher die Liegenſchaften in gutem Glauben erworben hat, verjährt.

C. c. Art. 1654, 2265.

Sirey 1844 I. S. 521–526.

So hat der Caſſationshof, nachdem er den gleichen Grundſatz im Jahre 1831 (Sirey 1831 I. S. 129) ausgeſprochen hatte, in folgendem Falle wiederholt entſchieden: Die Erben Calmelet verkauften im September 1810 ein Gut an Panſſert und Lecuyer, welche es in dem darauf folgenden September in einzelnen Stücken verſteigern ließen. Im April 1811 ließen die erſten Verkäufer den Verkaufsvertrag zur Wahrung ihres Vorzugsrechts (Art. 2103 1) eintragen, ſtellten jedoch erſt im Jahre

Digitized by Google

1839 gegen Panſſert und Lecuyer eine Klage auf Vertragsauflöſung wegen Nichtzahlung des Kaufpreiſes und gegen die dritten Beſitzer der verkauften Liegenſchaften eine ſolche auf Abtretung der von ihnen erworbenen Grundſtücke an, worauf die Einrede der Verjährung von den Letzteren vorgeſchützt wurde.

13. Januar 1844.

36.

Eine unregelmäßige Wechſelzuſchreibung überträgt, Dritten gegenüber, das Eigenthum des Wechſels an den Indoſſator auch dann nicht, wenn derſelbe beweist, daß er dem Indoſſanten den Werth erſtattet hat.

C comm. Art. 137, 138.
Sirey 1844 I. S. 551, 552.

Beiblatt zu den Annalen dieſes Jahrs Nr. 3. 1ter Fall. Dieſe Entſcheidung hat der Caſſationshof wiederholt in der Sache Verillo c. Delcros gegeben.

22. Mai 1844.

37.

Vermuthungsbeweis kann für zuläſſig erkannt werden, wenn von dem Syndicus einer zahlungsunfähig gewordenen Geſellſchaft gegen Jemanden der Beweis geführt werden ſoll, daß er vertrauter Geſellſchafter geweſen ſei.

C. comm. Art 39, 42. C. c. Art. 1341, 1347.
Sirey 1844 I. S. 588, 589.

Im Jahre 1818 hatte ſich eine Geſellſchaft für Verſicherung der Ernten gebildet. Das Geſellſchaftsvermögen beſtand in Actien, welche theils auf den Namen des Unterzeichners ausgeſtellt wurden, theils auf den Inhaber lauteten. Im Jahre 1841 wurde die Geſellſchaft zahlungsunfähig. Der Syndic de la ſaillite *) belangte nun den de Villesbresmes auf Einzahlung zweier auf ſeinen Namen geſtellten Actien, welche er unterzeichnet habe, und führte zum Beweiſe der Klagebegründung an, daß de Villesbresmes in den Geſellſchaftsbüchern bei den Actien Nr. 90 und 91 als Eigenthümer eingezeichnet, daß er Präſident des Verwaltungsausſchuſſes, in welchen nur ſolche Perſonen gewählt werden konnten, die zwei auf den Namen geſtellte Actien beſaßen, geweſen ſei, daß er als ſolcher die Bücher unterſucht und außer anderen Berichten auch einen ſolchen unterzeichnet habe, worin der Stand der auf den Namen geſtellten Actien auf 160 angegeben werde, was nur unter der Vorausſetzung möglich geweſen wäre, daß auch die beiden auf ſeinen Namen lautenden Actien mitgezählt würden. — Ein zuſammenberufenes Schiedsgericht wies die Klage ab. Der Königliche Gerichtshof von Paris jedoch ſah in der Unterzeichnung der Berichte den Anfang eines ſchriftlichen Beweiſes und ließ daraufhin den Vermuthungsbeweis zu, welchen er für gelungen erklärte. De Villesbresmes wandte ſich nun wegen falſcher Anwendung der Art. 1341, 1347 C. c. und wegen Verletzung der Art. 12, 39 und 42 C. comm. an den Caſſationshof, indem er ausführte, daß nach Art. 39 C. comm. die Exiſtenz offener und vertrauter Geſellſchaften nur durch Urkunden richtig geſtellt werden dürfe, mithin der Vermuthungsbeweis, ſelbſt auf den Anfang eines ſchriftlichen Beweiſes hin, unzuläſſig ſei, daß aber der Beweis gegen eine Perſon, daß ſie Mitglied einer Geſellſchaft geweſen, in Beziehung auf ſie ein Beweis über die Exiſtenz der Geſellſchaft ſelbſt ſei, mithin den gleichen Vorſchriften unterliege. Der Ausnahmsfall des Art. 42 C. comm. komme hier aber nicht zur Anwendung, da der Syndicus die Geſellſchaft ſelbſt repräſentire, alſo nicht von Dritten der Beklagte belangt ſei. — Die eingelegte Caſſation wurde verworfen. Entſcheidungsgründe: In Erwägung, daß der Syndic de la ſaillite auch im Namen und Intereſſe der Gläubiger geklagt hat, welche den Beweis, daß der Caſſationskläger zwei auf ſeinen Namen geſtellte Actien unterzeichnet habe, in ihrer Eigenſchaft als Dritte nach den geſetzlichen Beſtimmungen des gemeinen Rechtes führen dürfen. In Erwägung, daß daher das angefochtene Urtheil keine Geſetzesſtelle falſch angewendet oder verletzt hat, wenn es auf den Anfang eines ſchriftlichen Beweiſes hin den Vermuthungsbeweis zuließ, verwirft u. ſ. w.

5. Auguſt 1844.

Ottendorff.

*) Der Syndic de la ſaillite ſorgt für die Sicherung, Verwaltung und Verwerthung des Maſſevermögens und die Auszahlung der Gläubiger, worüber er Rechnung ablegt; er verfolgt die Rechte des Falliten gegen ſeine Schuldner, er prüft die Zuläſſigkeit der angemeldeten Forderungen, er vertritt endlich in allen Rechtsſtreiten activ und paſſiv die Maſſe. Er vereinigt daher in ſich die Obliegenheiten unſeres Maſſepflegers und Gantanwaltes. D.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google